

للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي

كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري

رحمه الله تعالى

(٧٤٢ - ٨٠٨ هـ)

المجلد السابع

النكاح - الصداق - القسم والنشوز

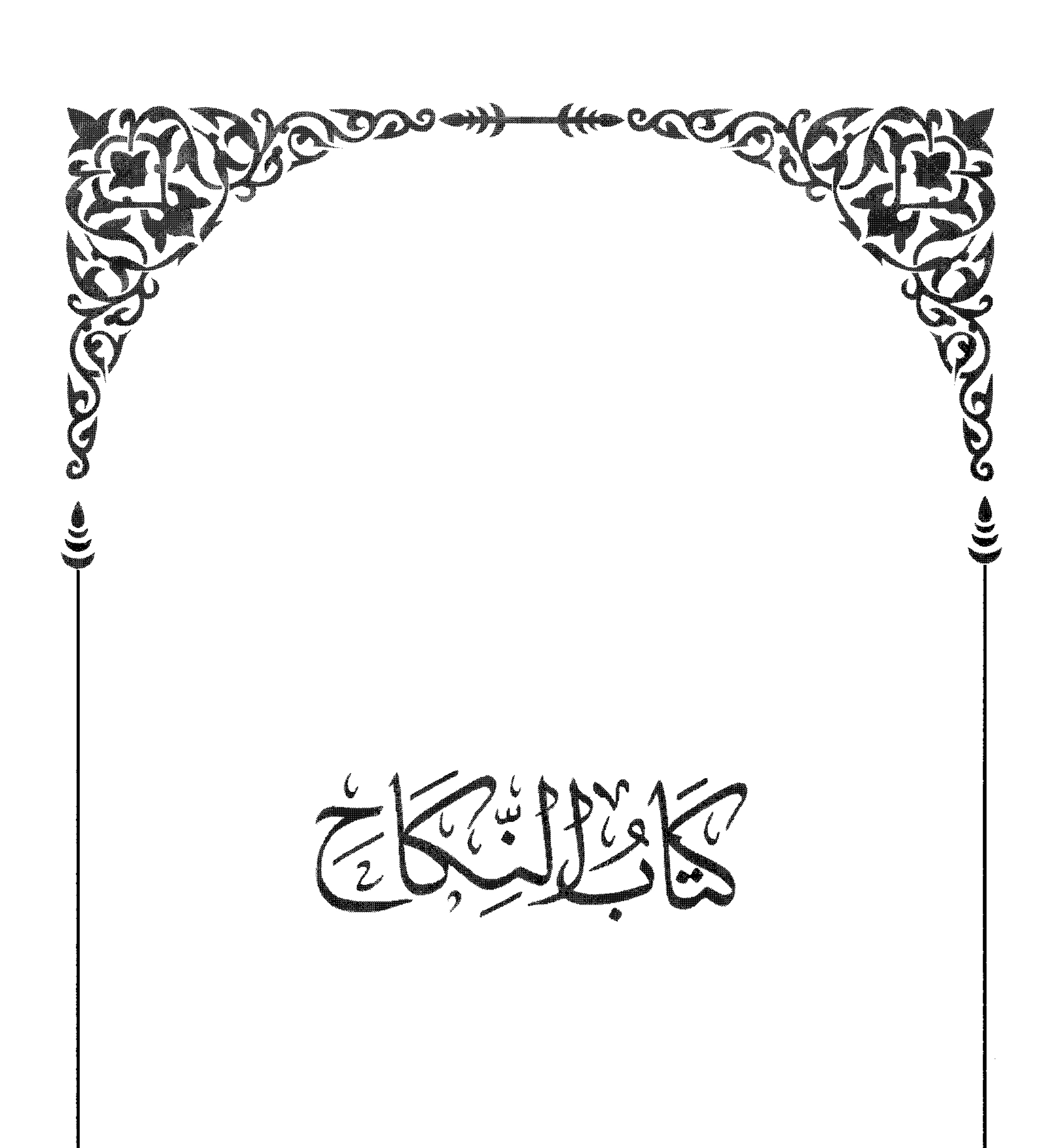
الخلع - الطلاق

دار المنهاج

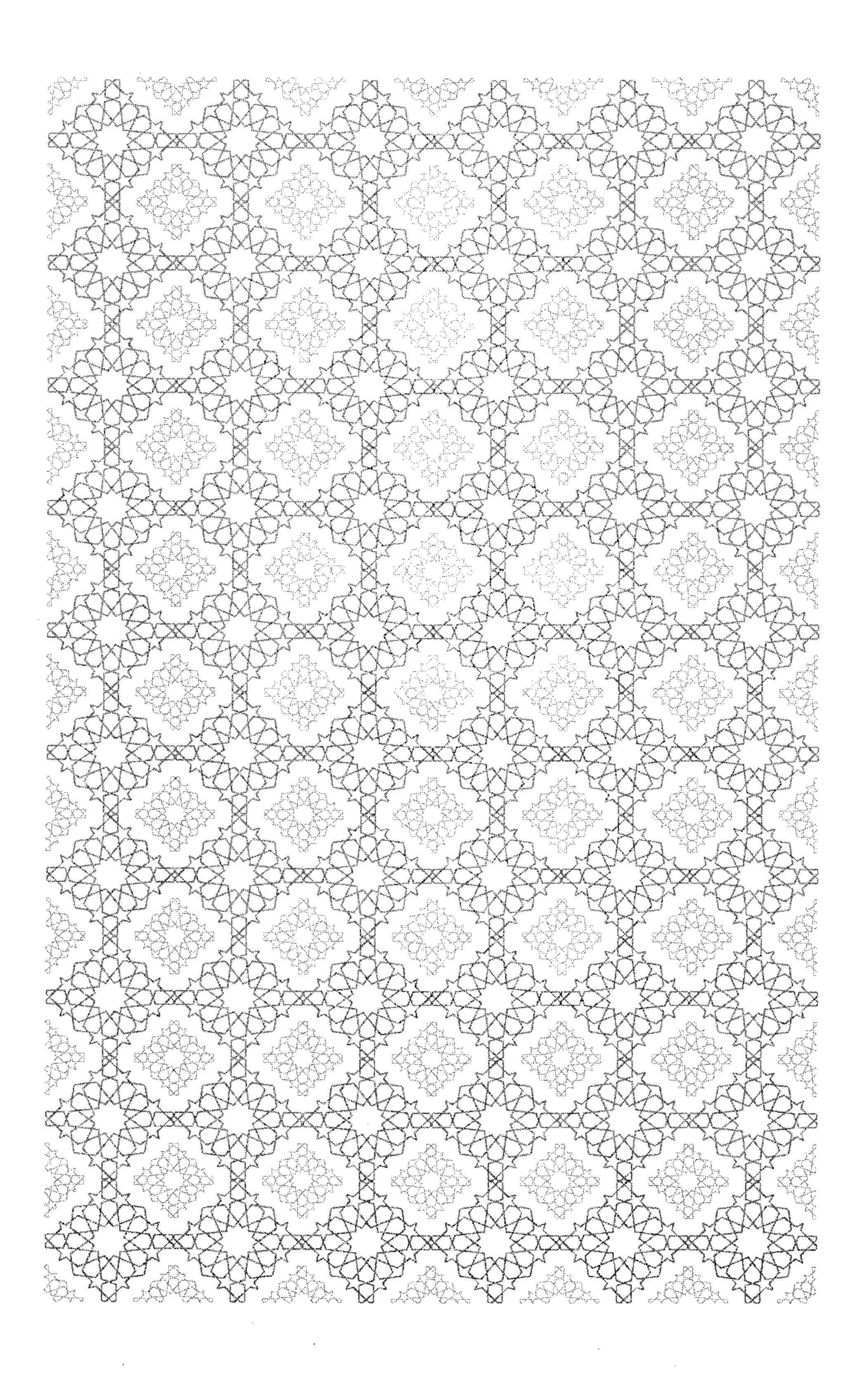
الطبعة الأولى
١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م


النجم الوهاج
في شرح المنهاج


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب النكاح



كِتَابُ ٱلنِّكَاحِ

. . . .

كتاب النكاح

هو فِعال من النُّكْح بضم النون وسكون الكاف ، وهو بضع المرأة ، يقال : نكحها ؛ أي : أصاب نُكْحها .

وأصله في اللغة : الضم والاجتماع ، ومنه : تناكحت الأشجار . . إذا تمايلت وتعانقت ، وأطلق على الوطء ؛ لإفضائه إلى الضم ، والعرب تستعمله بمعنى الوطء والعقد جميعاً ، لـٰكنهم إذا قالوا : نكح فلان فلانة أو بنت فلان أو أمته أو أخته[1] . . أرادوا : تزوجها وعقد عليها ، وإذا قالوا : نكح زوجته أو أمته . . لم يريدوا إلا المجامعة .

قال الثعالبي : وله مئة اسم[2] ، وقال ابن القطان : ألف اسم ، ولأصحابنا في موضوعه الشرعي ثلاثة أوجه :

أصحها : أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، وبهـٰذا قال أحمد ، وهو أقرب إلى الشرع ؛ لأن أكثر ما ورد في القرآن بمعنى العقد ، وفي « الترمذي » [١٠٨٩] : « أعلنوا هـٰذا النكاح ، واجعلوه في المساجد » .

والثاني : أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وإليه ذهب أبو حنيفة ، وهو أقرب إلى اللغة .

والثالث : حقيقة فيهما بالاشتراك كالعين ، وإنما ينصرف لأحدهما بقرينة .

ويظهر أثر الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في : أن الوطء بالزنا هل يحرم ما حرمه

---

(١) في هامش (ز) : (أي : أخت فلان) .

(٢) في هامش (ز) : (وفي « العجالة » : له عدة أسماء جمعها أبو القاسم علي بن جعفر اللغوي فبلغت ألف اسم وأربعين اسماً) .

. . . .

النكاح أو لا؟ عندنا : لا يحرمه ، وعنده : يحرمه ، وإذا علق الطلاق على النكاح عندنا يحمل على العقد ؛ لأنه الحقيقة لا الوطء إلا إذا نوىٰ ، حكاه الرافعي في آخر (الطلاق) عن البوشنجي .

والأصح في الأصول والضوابط : أنه من العقود اللازمة ، وقال في « المطلب » : إنه المذهب ، والذي يظهر أن لزومه من جهة المرأة ، وفي الزوج وجهان ؛ لقدرته على الطلاق ، وهل هو عقد حل أو تمليك؟ وجهان بنىٰ عليهما المتولي ما لو حلف أنه لا ملك له وله زوجة ، والمختار في زوائد « الروضة » منهما : عدم الحنث إذا لم يكن له نية ؛ لأنه لا تفهم منه الزوجية .

والأصل في مشروعيته قبل الإجماع من الكتاب قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ الآيات .

ومن السنة أحاديث : منها قوله صلى الله عليه وسلم : « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة » رواه مسلم [١٤٦٧] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تكثروا » رواه الشافعي بلاغاً [أم ٥/ ١٤٤] .

وفي « سنن النسائي » [سك ٨٨٦٣] و« البيهقي » [٧/ ٧٨] و« المستدرك » [٢/ ١٦٠] قوله صلى الله عليه وسلم : « حبب إلي من دنياكم الطيب والنساء » ، وفيه في « كتاب الزهد » لأحمد : « إني أصبر[١] عن الطعام والشراب ولا أصبر عنهن »[٢] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من تزوج . . فقد أحرز ثلثي دينه ، فليتق الله في الثلث الباقي » كذا في « الوسيط » ، وفي « الإحياء » : « فقد أحرز شطر دينه ، فليتق الله في الشطر الثاني » وكلا اللفظين ليس بثابت ، لـٰكن صحح الحاكم [٢/ ١٦١] : « من رزقه الله امرأة صالحة . . فقد أعانه علىٰ شطر دينه » .

فالفرج واللسان لما استويا في إفساد الدين جعل كلاً شطراً ، ومن روىٰ : « للفرج

---

(١) في (ت) : (لأصبر) .

(٢) هـٰذا الحديث ليس في « كتاب الزهد » ، انظر « فيض القدير » (٣/ ٣٧١) .

الثلثين ». . فلأن مفسدته أعظم ؛ لأنها تسري إلىٰ غيره ، إذ لا يمكن الطاعة به والمعصية إلا باجتماع فرج آخر ، بخلاف اللسان ، فلذلك قوبل بالثلثين ؛ لاحتياجه إلىٰ غيره ، بخلاف اللسان .

وروىٰ أحمد [٥/١٦٣] وابن أبي شيبة وابن عبد البر عن عكاف بن وداعة أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : « ألك زوجة يا عكاف؟ » قال : لا ، قال : « ولا جارية؟ » قال : لا ، قال : « وأنت صحيح موسر؟ » قال : نعم والحمد لله ، قال : « فأنت إذن من إخوان الشياطين ، إن كنت من رهبان النصارىٰ . . فالحق بهم ، وإن كنت منا . . فاصنع كما نصنع ؛ فإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف . . تزوج » فقال عكاف : يا رسول الله ؛ لا أتزوج حتىٰ تزوجني من شئت ، فقال صلى الله عليه وسلم : « زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري » .

قال : (**هو مستحب**) ؛ لما روىٰ أبو يعلى الموصلي [٢٧٤٨] عن ابن عباس بإسناد حسن : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « النكاح سنتي ، فمن أحب فطرتي . . فليستن بسنتي » .

وروىٰ أبو منصور الديلمي عن أبي سعيد ، والدارمي والبغوي ، وأبو داوود في « المراسيل » : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ترك التزويج مخافة العيلة . . فليس منا » .

قال : (**لمحتاج إليه يجد أهبته**) ؛ تحصيناً لدينه وفرجه ، وغضاً لبصره ، ولما فيه من بقاء النسل وحفظ النسب ، والاستعانة على المصالح .

وفي « الصحيحين » [خ ٥٠٦٥ـ م ١٤٠٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يا معشر الشباب ؛ من استطاع منكم الباءة . . فليتزوج ؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع . . فعليه بالصوم ؛ فإنه له وجاء » .

و(الباءة) بالمد : مؤن النكاح ، وبالقصر : نفس النكاح .

و(الوجاء) : قطع الشهوة .

فَإِنْ فَقَدَهَا . . ٱسْتُحِبَّ تَرْكُهُ ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِٱلصَّوْمِ . . . .

والمراد بـ(المحتاج إليه) : الذي تتوق نفسه إليه وإن كان خصياً كما سيأتي عن « الإحياء » ؛ فإنه استحبه للعنين ونحوه .

و(الأهبة) : مؤن النكاح ، وأهبة الحرب : عدته ، وسواء كان الواجد للأهبة متعبداً أم لا .

ووجه عدم الوجوب قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ علقه بالاستطابة ، والواجب ليس كذلك ، لـٰكن يستحب أن لا يزيد على امرأة واحدة ، إلا أن يحتاج إلىٰ أكثر منها . . فيستحب ما يحتاج إليه ؛ ليتحصن به .

قال : (**فإن فقدها . . استحب تركه**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ .

وفي « صحيح مسلم » [٢٧٤٢] : « اتقوا الله واتقوا النساء ؛ فإن أول فتنة بني إسرائيل كانت في النساء » ، وليس المراد تركهن ، إنما المراد : التقوىٰ فيهن ؛ فإنهن مما لا بد منه .

وعبارة المصنف هنا وفي « التصحيح » تقتضي : أن الترك مطلوب ، والحديث اقتضىٰ عدم طلب الفعل وهو أعم من طلب الترك ، ولا يلزم من الأعم الأخص ، وعبارة « المحرر » و« الشرح » : (الأولىٰ أن لا ينكح) فلو قال المصنف : فإن فقدها لم يستحب . . كان أحسن ، لـٰكنه قال في « شرح مسلم » : (يكره له) وهي أبلغ من طلب الترك .

قال : (**ويكسر شهوته بالصوم**) ؛ للحديث المذكور ، والأمر فيه بالصوم للإرشاد ، ولأن فيه التزام مؤن وكلف لا يستطيعها ، والله تعالىٰ ما جعل علينا في الدين من حرج .

وخص الصوم بالذكر ؛ ليخرج الكافور وقد صرح الأصحاب بالمنع منه ، لـٰكن قال الخطابي والروياني والبغوي في « شرح السنة » : إنه يؤخذ من الحديث جواز المعالجة لقطع الباه بالأدوية ، فإن لم ينقطع توقانه بالصوم لشدة غلمته . . تزوج .

فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ . . كُرِهَ إِنْ فَقَدَ ٱلْأُهْبَةَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، لَـٰكِنِ ٱلْعِبَادَةُ أَفْضَلُ . . . . .

قال : (**فإن لم يحتج . . كره إن فقد الأهبة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ ، ولأنه يلتزم به ما لا يقدر على القيام بمقتضاه من غير ضرورة ، وعليه حمل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « خيركم بعد المئتين الخفيف الحاذ الذي لا أهل له ولا ولد » رواه أبو يعلىٰ والخطابي في « كتاب العزلة » .

وعدم الحاجة : إما لعدم توقان نفسه ، وإما لمرض أو عجز أو غير ذلك .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : إذا لم يفقد غير المحتاج الأهبة . . لم يكره ؛ لقدرته عليه ، ومقاصد النكاح لا تنحصر في الجماع .

قال : (**لـٰكن العبادة أفضل**) ؛ اهتماماً بها ، قال الشافعي رضي الله عنه وذكر الله تعالىٰ عبداً أكرمه فقال : ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ ﴾[1] و(الحصور) : الذي لا يأتي النساء ، ولم يندبه إلى النكاح ، وهـٰذه مسألة خلاف بيننا وبين الحنفية ، فعنده النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة ؛ لأنه يراه من العبادات لما فيه من تكثير النسل ، وعندنا وجه مثله .

ومذهبنا : أن التخلي للنوافل أفضل ؛ لأنه عندنا من المباحات ، والعبادة عارضة له بالقصد بدليل صحته من الكافر .

وفي « فتاوى المصنف » : إن قصد به طاعة من ولد صالح أو الإعفاف . . فهو من عمل الآخرة ويثاب عليه ، وإلا . . فهو مباح ، ويؤيده قول الماوردي في (كتاب النذر) : ولو نذر التزوج فإن قصد به غض الطرف وتحصين الفرج . . كان قربة ، وإن

---

(١) في هامش (ز) : (فائدة في معنىٰ هـٰذه الآية الكريمة وهي : أن الحصر المنع ، فكان سيدنا يحيىٰ صلى الله عليه وسلم وعلىٰ نبينا ممنوعاً من إتيان النساء ، وهل ذلك المنع اضطراري بمعنىٰ أنه ناشىء عن عنة ، أو اختياري بمعنىٰ أنه يشتهي النساء كسائر البشر ويمنع نفسه الشريفة عن إتيانهن ؛ عفة واشتغالاً بربه عز وجل؟ اضطرب كلام المفسرين فيه ؛ فمنهم من صرح بالأول ، والمحققون منهم على الثاني ، وهو الذي نعتقده ؛ لأن العنة في حق آحاد الناس نقص فكيف ينسب مثل ذلك إلىٰ أحد من أنبياء الله تعالىٰ ورسلِهِ وهم أكمل النوع الإنساني خلقاً وخلقاً صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين؟!) .

قُلْتُ : فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ . . فَٱلنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ وَجَدَ ٱلأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ أَوْ تَعْنِينٍ . . كُرِهَ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

أراد التلذذ والاستمتاع . . كان مباحاً ولم يلزم قطعاً .

وكان ينبغي للمصنف أن يقابل الاستمتاع بالتخلي للعبادة لا بالعبادة نفسها ، هٰذا في حق الأُمَّة ، أما رسول الله صلى الله عليه وسلم . . فكان في حقه من العبادات قطعاً ؛ لنقل الشريعة التي لا يطلع عليها إلا النساء ، ولإظهار محاسنه الباطنة ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم مكمل الظاهر والباطن .

وفسر الماوردي التخلي للعبادة بالاشتغال بالعلم .

قال : (**قلت : فإن لم يتعبد . . فالنكاح أفضل في الأصح**) ؛ لأن البطالة قد تفضي إلى الفواحش .

والثاني : تركه أفضل ؛ لما فيه من الخطر بالقيام بواجباته .

ولنا وجه في الأصل : أنه إن خاف الزنا . . وجب عليه النكاح ، قال المصنف : أو التسري ، ووجه أنه فرض كفاية ، وسيأتي في (السير) بيان معناه .

وأوجب داوود العقد فقط مرة في العمر .

قال : (**فإن وجد الأهبة وبه علة كهرم أو مرض دائم أو تعنين . . كره والله أعلم**) ؛ لما فيه من التزام الخطر وعدم القدرة على الوطء فلا تحصل به فائدة من إقامة سنة النكاح ، كذا جزما به ، وفيه نظر ؛ لأنه لم يرد فيه نهي يخصه ، وعموم أدلة الترغيب تشمله .

وجزم في « الإحياء » باستحبابه للعنين ؛ فإن نهضات الشهوة قوية ، قال : والممسوح لا ينقطع الاستحباب في حقه ، بل يؤمر به كما يؤمر الأصلع بإمرار الموسىٰ علىٰ رأسه ، قال : ومن اجتمع له فوائد النكاح من النسل والتحصين وغيرهما وانتفت عنه آفاته من تخليط في الكسب وتقصير في حقهن . . استحب له ، وعكسه العزوبة له أفضل ، فإن اجتمعا . . اجتهد وعمل بالأحوط .

تذنيب :

قال الزنجاني في « شرح الوجيز » : سكت الأصحاب عن حكم النساء ، ويغلب على الظن أن النكاح لهن أولىٰ مطلقاً ؛ لأنهن يحتجن إلى القيام بأمورهن والستر عن الرجال ولايجب عليهن المهر والنفقة .

وقال في « التنبيه » : ومن جاز لها النكاح من النساء ، فإن كانت لا تحتاج إليه . . كره ، وإن احتاجت إليه . . استحب ، ولم يقيد الجمهور تبعاً لـ« المختصر » الاستحباب لهما بجواز تصرفهما ، وقيده في « التنبيه » تبعاً للإمام ؛ ليخرج غيره ، فالكراهة له عند عدم الحاجة ظاهرة ، بل لا يجوز ؛ لأن الولي إنما يتصرف له بالمصلحة .

قال : (**وتستحب دينة**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه [خ ٥٠٩٠ـ م١٤٦٦] .

قال الرافعي في « الأمالي » : المراد هٰهنا بـ(الدين) الطاعات والأعمال الصالحات والعفة عن المحرمات ، وهٰذا مراد الفقهاء بقولهم : إن الدين من خصال الكفاءة .

ومعنىٰ (تربت) : استغنت إن فعلت ، أو افتقرت إن لم تفعل .

قال (**بكر**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لجابر : « هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك » متفق عليه من روايته[1] ، وهٰذا إذا لم يكن عذر ، وفي الحديث : « عليكم بالأبكار ؛ فإنهن أعذب أفواهاً ، وأنتق أرحاماً ، وأرضىٰ باليسير » رواه ابن ماجه [١٨٦١] .

ومعنىٰ (أطيب أفواهاً) : ألين كلمة ، و(أنتق أرحاماً) : أكثر أولاداً .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٧) ، ومسلم (٧١٥/ ٥٤) .

فائدتان :

الأولىٰ : قال في « الإحياء » : كما يستحب نكاح البكر يستحب أن لا يزوج ابنته إلا من بكر لم يتزوج قط ؛ لأن النفوس جبلت على الإيناس بأول مألوف ، ولهـٰذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول في خديجة : « إنها أول نسائي » .

ولذلك زوج النبي صلى الله عليه وسلم ابنته زينب أكبر بناته بابن خالتها أبي العاص بن الربيع ، واسمه لقيط بن عبد العزىٰ وأمه هالة بنت خويلد أخت خديجة ، ولم يكن تزوج قبلها غيرها ، وقال عنه صلى الله عليه وسلم : « حدثني فصدقني ، ووعدني فوفىٰ لي »(١) .

وزوج فاطمة بابن عم أبيها علي ولم يكن تزوج قبلها غيرها .

وزوج رقية عتبة بن أبي لهب ولم يكن تزوج غيرها ، ثم فارقها قبل الدخول لما أنزل الله تعالىٰ : ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِى لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ ، ثم تزوجها عثمان ولم يكن تزوج قبلها غيرها ، فلما ماتت زوجه النبي صلى الله عليه وسلم أم كلثوم ؛ ليبين للناس حل تزوج الأختين .

الثانية : روىٰ أبو نعيم عن شجاع بن الوليد قال : كان فيمن كان قبلكم رجل حلف لا يتزوج امرأة حتىٰ يستشير مئة نفس ، وأنه استشار تسعة وتسعين رجلاً فاختلفوا عليه ، فقال : بقي واحد وهو أول من يطلع من هـٰذا الفج فآخذ بقوله ولا أعدوه ، فبينا هو كذلك . . إذ طلع عليه رجل يركب قصبة فأخبره بقصته فقال له : النساء ثلاثة : واحدة لك وواحدة عليك وواحدة لا لك ولا عليك ، فالبكر لك ، وذات الولد عليك ، والثيب لا لك ولا عليك ، ثم قال : أطلق الجواد ، فقال له : أخبرني بقصتك ، فقال : أنا رجل من علماء بني إسرائيل ، مات قاضينا فركبت هـٰذه القصبة وتبالهت ؛ لأخلص من القضاء .

قال : (**نسيبة**) فتكره بنت الفاسق ومن لا يعرف لها أب ؛ لقوله صلى الله عليه

---

(١) أخرجه البخاري (٣١١٠) ، ومسلم (٢٤٤٩) .

وسلم : « تخيروا لنطفكم » رواه ابن ماجه [١٩٦٨] والبيهقي [١٣٣/٧] ، وصححه الحاكم [١٦٣/٢] .

وروى الواقدي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إياكم وخضراء الدمن » قالوا : وما خضراء الدمن يا رسول الله؟ قال : « المرأة الحسناء في المنبت السوء » .

وقال أكثم بن صيفي : المناكح الكريمة مدارج الشرف .

وقال ابن عبد البر : ينبغي أن تكون من بيت معروف بالدين والقناعة .

قال : (**ليست قرابة قريبة**)[١] ؛ لأن مقصود النكاح اتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة واجتماع الكلمة ، وهو مفقود في نكاح القريبة ، واستدل الرافعي له تبعاً « للوسيط » بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تنكحوا القرابة القريبة ؛ فإن الولد يخلق ضاوياً »[٢] أي : نحيفاً ، وذلك لضعف الشهوة غير أنه يجيء كريماً علىٰ طبع قومه ، والحديث المذكور قال ابن الصلاح : لم أجد له أصلاً معتمداً .

قال الشيخ : فينبغي أن لا يثبت هـٰذا الحكم ؛ لعدم الدليل ، وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم علياً فاطمة رضي الله عنهما ، وأنشد الزمخشري في « الفائق » علىٰ ذلك [من الطويل] :

فتىً لم تلده بنت عم قريبة ... فيضوىٰ وقد يضوىٰ رديد القرائب

وأنشدني له بعض فقهاء اليمن في سنة ستين وسبع مئة [من الخفيف] :

إن أردت الإنجاب فانكح غريباً ... وإلى الأقربين لا تتوصلْ

فانتقاء الثمار طيباً وحسناً ... ثمر غصنه غريب موصلْ

فجملة الأوصاف التي ذكرها المصنف أربعة وبقي منها :

---

(١) في هامش (ز) : (وعبارة « الكفاية » : « أن تكون غريبة » وهي تقتضي نفي القرابة وإن لم تكن قريبة ، وجزم في زيادات « الروضة » بأن قرابته غير القريبة أولىٰ من الأجنبية ، لـٰكن في « البحر » و« البيان » عن النص : الأولىٰ أن لا يتزوج من عشيرته ؛ لأن الغالب حينئذ على الولد الحمق) .

(٢) انظر « تلخيص الحبير » (١٤٦/٣) .

. . . .

أن تكون حسنة ؛ لما روى الحاكم [٢/١٦١] عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خير النساء من تسر إذا نظرت ، وتطيع إذا أمرت ، ولا تخالف في نفسها ومالها » .

قال الماوردي : لكنهم كرهوا ذات الجمال البارع ؛ فإنها تزهو بجمالها ، أو كما قال بعض الأعراب [من البسيط] :

ولن تصادف مرعىً ممرعاً أبداً إلا وجدت به آثار منتجع

وأن لا يكون لها ولد من غيره إلا لمصلحة ، كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة ومعها ولد أبي سلمة للمصلحة .

وأن تكون وافرة العقل .

وأن لا يكون لها مطلق يرغب فيها ويخشىٰ من الفتنة .

وأن لا تكون شقراء ذكره صاحب « الترغيب » أبو المفاخر سعيد بن أسعد من متأخري المراوزة في المئة السادسة ، وقد أمر الشافعي رضي الله عنه الربيع أن يرد الغلام الأشقر الذي اشتراه له وقال : ما لقيت من أشقر خيراً ، ذكره الآبري في « مناقبه » وقصته مع الأشقر الذي أضافه في عوده من اليمن مشهورة .

ويستحب أن تكون ولوداً[1] ، ذات خلق حسن ، وأن تكون خفيفة المهر ؛ لما روى الحاكم [٢/١٧٨] عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعظم النساء بركة أيسرهن صداقاً » .

وقال عروة : أول شؤم المرأة أن يكثر صداقها .

ويستحب أن تكون بالغة ، نص عليه ، إلا أن تدعو إلىٰ ذلك مصلحة أو حاجة كتزويج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة .

ويستحب العقد في شوال ، قال في « الإحياء » : وكذلك يستحب له الدخول

---

(١) في هامش (ز) : (قد يقال : كيف يجمع كونها ولوداً والبكر لا ولد لها؟! ويجاب بأن ذلك يعرف من أقاربها) .

وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا . . سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ ٱلْخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ ، . . . .

فيه[1] ، وأن يكون العقد في المسجد ، وأن يكون أول النهار ؛ لحديث : « اللهم ؛ بارك لأمتي في بكورها »[2] .

قال : (**وإذا قصد نكاحها . . سن نظره إليها قبل الخطبة**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة : « انظر إليها ؛ فإنه أحرىٰ أن يؤدم بينكما » حسنه الترمذي [١٠٨٧] وصححه الحاكم [٢/ ١٦٥] .

قيل معنىٰ (يؤدم) : يدوم ، فقدم الواو على الدال .

وقيل : هو من الأدم ؛ فإن الطعام لا يطيب إلا به ، حكى الماوردي الأول عن المحدثين والثاني عن اللغويين .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٠٧٥] و« ابن حبان » [٤٠٤٢] عن محمد بن مسلمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا ألقى الله في قلب رجل خطبة امرأة . . فلا بأس أن ينظر إليها » واستدل له البخاري [٢٤٣٨] بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها : « رأيتك في المنام في سرقة من حرير » .

وقيل : هـٰذا الأمر مباح ؛ لأنه أمر بعد الحظر وهو للإباحة ، ومال إليه ابن الصلاح ، وتؤيده رواية أبي داوود : « لا بأس أن ينظر إليها » .

وقال داوود : هـٰذا النظر واجب ؛ لأن الأمر بعد الحظر عنده للوجوب .

وقيل : لا يحل له أن ينظر إلا حين تحرم الخطبة علىٰ خطبته بالركون إليه أو إجابته ، وقيده الشيخ عز الدين بمن يرجو رجاء مؤكداً أن يجاب[3] .

قال : (**وإن لم تأذن**) ؛ اكتفاء بإذن الشارع خلافاً لمالك .

---

(١) في هامش (د) : (وفي « مشكل الوسيط » : العامة تنفر من ذلك ، وهي غالطة ؛ إذ صح عن عائشة أنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال ، ودخل بي في شوال ، وأي نسائه كان أحظىٰ عنده مني؟! [م١٤٢٣]) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٧٥٤) ، وأبو داوود (٢٥٩٩) ، والترمذي (١٢١٢) ، وابن ماجه (٢٢٣٦) ، وغيرهم .

(٣) في هامش (د) : (هـٰذا راجع إلىٰ أصله) .

وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ ، وَلاَ يَنْظُرُ غَيْرَ ٱلْوَجْهِ وَٱلْكَفَّيْنِ . . . .

لنا : ما روى البزار [٣٧١٤] والطبراني [طس ٩١٥] وأحمد [٥/ ٤٢٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حرج أن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها وإن كانت لا تعلم » .

ولأنها إذا علمت . . ربما تصنعت وتجملت بما ليس فيها ، ففيه نوع غرور .

قال : (**وله تكرير نظره**) إليها ؛ ليتبين هيئتها ، ولئلا يندم بعد النكاح ، وإنما يكرر النظر حيث احتاج إليه ، والظاهر أن ذلك مقيد بثلاث ؛ لأن بها تندفع الحاجة ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها : « أريتك في ثلاث ليال » وسواء خشي الفتنة من ذلك أم لا كما قاله الروياني والإمام .

وقال الجويني في « مختصره » والغزالي في « الخلاصة » : لا يتأمل عند خوف الفتنة .

قال : (**ولا ينظر غير الوجه والكفين**) ؛ لأن غيرهما عورة ، ولأنها المواضع التي تظهر من الزينة المشار إليها بقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ ، وعلله الماوردي بأن في الوجه ما يستدل به على الجمال ، وفي اليدين ما يستدل به علىٰ خصب البدن ونعومته .

ويعم بالنظر ظاهر الكفين وباطنهما ، وقيل : ومفصل اليدين .

وقيل : إنما ينظر الوجه فقط ، وهو الذي يفهمه كلام « الوجيز » ، ولم يقمه الرافعي وجهاً ، بل أوله وليس كذلك ، بل هو مقتضىٰ كلام جماعة من العراقيين .

وقيل : ينظر ما ينظره الرجل من الرجل ، ولا يجوز أن ينظر إليها حاسرة بإذنها ولا بغيره .

ويستحب للمرأة أيضاً أن تراه إذا أرادت نكاحه ؛ لأنها يعجبها منه ما يعجبه منها .

وجوز أبو حنيفة ومالك النظر إلى الوجه والكفين والقدمين .

وقال الأوزاعي : ينظر منها المواضع التي هي سبب رغبته فيها .

وقال داوود : ينظر جميع البدن إلا الفرج ؛ لإطلاق الأحاديث .

وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَىٰ عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، وَكَذَا وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ ، وَكَذَا عِنْدَ ٱلْأَمْنِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

وإذا كانت المخطوبة أمة . . قال ابن الرفعة : مفهوم كلامهم أن ينظر إلىٰ ما ليس بعورة منها .

وإذا تعذر النظر عليه . . ينبغي أن يبعث امرأة تنظرها وتصفها له ، وهو مستثنى من النهي عن ذلك للحاجة .

قال : (**ويحرم نظر فحل بالغ إلىٰ عورة حرة كبيرة أجنبية**) هـٰذا لا خلاف فيه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ ﴾ .

والمراد بـ(العورة) هـٰهنا : عورة الصلاة ، وهو ما عدا الوجه والكفين ، ولا فرق في ذلك بين العنين والخصي والمجبوب وغيرهم .

قال : (**وكذا وجهها وكفيها عند خوف فتنة**) بالإجماع ، وقيل : إنما ينظر باطن الكف فقط .

وليس المراد بـ(الفتنة) المخوفة الجماع ، بل ما يدعو إليه ، أو إلىٰ ما دونه من خلوة ونحوها مما يشق احتماله .

قال : (**وكذا عند الأمن على الصحيح**)[1] ؛ لأن النظر إليهن مظنة الفتنة ، وأجمع المسلمون علىٰ منعهن من أن يخرجن سافرات الوجوه ، واللائق بمحاسن الشريعة الإعراض عن مواضع التهم .

والثاني : لا يحرم ولـٰكن يكره ، واختاره الشيخ أبو حامد ، وهو المنقول عن أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمين[2] ، ولعل من هـٰذا دخول سفيان علىٰ رابعة .

---

(١) في هامش (ز) : (فرض الإمام الوجهين فيما إذا لم يظهر خوف الفتنة ، قال السبكي : وهو حسن ، فالأمن عزيز إلا من عصمه الله ، قال في « التوشيح » : قد يقال : عدم ظهور الخوف أمن) .

(٢) في هامش (ز) : (قال ابن النقيب : وإذا كان أكثر الأصحاب عليه . . لزمه في « المحرر » تصحيحه ، ثم إنه في الحقيقة ما صحح مقابله ، بل جعله أولىٰ ، فلعله رآه أولىٰ من حيث حسم الباب لا أنه المصحح في المذهب ، فيلزم على المصنف التصريح بتصحيحه مع تصحيحه =

. . . .

وقد نقل القاضي عياض عن أكثر العلماء أن المرأة لا يلزمها ستر وجهها في طريقها ، بل يندب ، وعلى الرجل غض البصر للآية .

واعترض على المصنف في تعبيره بـ(الصحيح) ؛ فإن الذي في « المحرر » : أنه أولى الوجهين ، ومراده أولىٰ من حيث أن فيه حسماً للباب ، لا أنه الصحيح في المذهب .

وظاهر عبارة الكتاب و« الروضة » و« أصليهما » : أن وجهها وكفيها غير عورة ، بل ملحق بها في تحريم النظر ، وهو محتمل ، ويحتمل أن يكون ذلك عورة في النظر لا في الصلاة .

وقال الماوردي : عورتها مع غير الزوج كبرىٰ وصغرىٰ ، فالكبرىٰ : ما عدا الوجه والكفين ، والصغرىٰ : ما بين السرة والركبة ، فيجب ستر الكبرىٰ في الصلاة والصغرىٰ عن النساء وعن رجال المحارم .

وشملت عبارة المصنف : الشابة والعجوز وهو كذلك ، فما من ساقطة . . إلا ولها لاقطة ، ولهـٰذا ينتقض الوضوء بلمسها .

وبنى الماوردي في (الشهادات) الخلاف على اختلاف العلماء في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبع النظرة النظرة »[1] قيل : لا تتبع نظر عينك نظر قلبك .

فعلىٰ هـٰذا : لا يأثم بالنظر بغير شهوة ويبقىٰ علىٰ عدالته ، وهو قول جمهور المتقدمين .

وقيل : لا تتبع النظرة الأولى التي وقعت اتفاقاً نظرة أخرىٰ عمداً ، فعلىٰ متعمد النظر إثم يخرج به عن العدالة .

= مقابله الذي عليه الأكثر ؛ لتعبيره بالصحيح ، وقال في « المهمات » : الصواب الجواز ؛ لتصريحه في « الشرح » بأن الأكثرين عليه ، وقال البلقيني : الترجيح بقوة المدرك ، والفتوىٰ علىٰ ما في « المنهاج ») .

(١) أخرجه ابن حبان (٥٥٧٠) ، والحاكم (٢/ ١٩٤) ، وأبو داوود (٢١٤٢) ، والترمذي (٢٧٧٧) ، وغيرهم .

فروع :

ما لا يجوز النظر إليه وهو متصل كالذكر وساعد الحرة وشعرها وظفرها وشعر العانة . . في تحريم النظر إليه بعد الانفصال وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن النظر إليه بعد الانفصال لا يخاف منه فتنة .

وأصحهما : استمرار التحريم ، وبه أجاب أبو علي الشبوي ، ومفتي مرو ، وفيما يحكىٰ : أن أبا عبد الله الخضري سئل عن النظر إلىٰ قلامة ظفر المرأة ، فأطرق الشيخ متفكراً ، وكانت تحته بنت أبي علي فقالت : سمعت أبي يقول : إن كانت قلامة يدها فله النظر إليها وإن كانت قلامة الرجل فلا .

قال الرافعي : والتفصيل مبني علىٰ أن يدها ليست بعورة .

وقال القاضي حسين : دم الفصد والحجامة من المرأة عورة .

وفي « طبقات العبادي » عن بعض الأصحاب : أن المرأة إذا وصلت شعرها بشعر حرة . . يجب ستره ، أو بشعر أمة . . فلا .

وفي « فتاوى البغوي » : لو أبين شعر الأمة أو ظفرها ثم عتقت . . ينبغي أن يجوز النظر إليه ؛ لأنه حين الانفصال لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدىٰ إلى المنفصل .

وصوتها ليس بعورة على الأصح ، لـٰكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة ، وإذا قرع بابها فينبغي أن لا تجيب بصوت رخيم ، بل تغلظ صوتها بأن تجعل ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك ، وقال القاضي : إن كان لها نغمة . . فهو عورة يحرم على الرجال استماعه ، وهـٰذا يوافق ما نقله صاحب « عوارف المعارف » عن أصحابنا عن اتفاقهم علىٰ تحريم سماع الغناء من الأجنبية .

قال : (**ولا ينظر من محرمه بين سرة وركبة**) بالاتفاق ، وهـٰذا يعم المحرم من النسب والرضاع والمصاهرة .

وقيل : لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة .

و(المحرم) هنا : من حرمت مؤبداً بسبب مباح لحرمتها كما تقدم في (نواقض الوضوء) .

وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ ، وَقِيلَ : مَا يَبْدُو فِي ٱلْمَهْنَةِ فَقَطْ . وَٱلأَصَحُّ : حِلُّ ٱلنَّظَرِ بِلاَ شَهْوَةٍ إِلَى ٱلأَمَةِ إِلاَّ مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ ، ....

قال : (ويحل ما سواه) أي : ما سوى المذكور ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ ﴾ الآية ، ولأن المحرمية معنىً يوجب حرمة المناكحة أبداً فيكونا كالرجلين أو المرأتين .

قال : (وقيل : ما يبدو في المهنة فقط)[1] ؛ لأنه لا حاجة إلىٰ ما سواه .

فتلخص أن النظر إلىٰ ما يبدو في المهنة جائز بالاتفاق ، وإلىٰ ما بين السرة والركبة غير جائز بلا خلاف ، وفيما بينهما وجهان : أصحهما : الجواز ، وهل الثدي زمن الرضاع مما يبدو عند المهنة؟ فيه وجهان[2] .

ويجوز للمحرم الخلوة والمسافرة بها .

و(المَهنة) بفتح الميم : الخدمة ، وحكىٰ أبو ثور والكسائي كسرها ، وأنكره الأصمعي وقال : لم يسمع إلا مفتوح الميم .

قال : (**والأصح : حل النظر بلا شهوة إلى الأمة إلا ما بين سرة وركبة**) ؛ لما روى ابن أبي شيبة [٢/ ١٣٥] وغيره عن عمر رضي الله عنه : أنه رأىٰ أمة وعليها جلباب مقنعة به ، فسألها : أعتقت؟ قالت : لا ، قال : فما بال الجلباب؟! ضعيه عن رأسك ، إنما الجلباب على الحرائر ، فتلكأت فقام إليها بالدرة يضرب رأسها حتىٰ ألقته قال البيهقي : والآثار فيه عن عمر رضي الله عنه صحيحة ، وعلىٰ هـٰذا : يكره النظر إليها .

والثاني : يحرم إلا ما يبدو في حال المهنة ؛ إذ لا حاجة إليه دون غيره .

والثالث : أنها كالحرة ، وهو أرجح دليلاً ، واختاره الشيخ ، وسيأتي في كلام المصنف ترجيحه ونسبته إلى المحققين ، وقال ابن أبي عصرون : إنه المذهب .

وإنما صحت صلاتها مكشوفة الرأس ؛ لأن الشارع جَعَل عورتها في الصلاة كعورة الرجل ، وأما تحريم النظر . . فلخوف الفتنة .

---

(١) في هامش (ز) : (والمراد بما يبدو في المهنة : الوجه والرأس والعنق واليد إلى المرفق والرجل إلى الركبة) .

(٢) في (د) : (أصحهما : الجواز) .

وَإِلَىٰ صَغِيرَةٍ إِلاَّ ٱلْفَرْجَ ، وَأَنَّ نَظَرَ ٱلْعَبْدِ إِلَىٰ سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَٱلنَّظَرِ إِلَىٰ مَحْرَمٍ ، . . . .

ولا فرق في الأمة بين القنة وأم الولد ، والتي عرض لها مانع من الوطء قريب الزوال أم لا كالحائض والمرهونة والمزوجة ، وفي المبعضة خلاف تقدم في (شروط الصلاة) .

قال : (**وإلىٰ صغيرة**) ؛ لأنها ليست في مظنة الشهوة ولم يزل السلف علىٰ ذلك .

ومقابله : لا يحل ؛ لأنها من جنس الإناث ، حكاه في « الوسيط » ، قال ابن الصلاح : ولم أره إلا فيه ، وقائله يكاد أن يخرق الإجماع ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحمل أمامة في الصلاة بين الناس وهم ينظرون إليها[1] .

قال : (**إلا الفرج**) ؛ لما روى الحاكم [٣/٢٥٧] بسنده إلىٰ محمد بن عياض قال : رفعت إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صغري وعلي خرقة وقد كشفت عورتي ، فقال : « غطوا عورته ؛ فإن حرمة عورة الصغير كحرمة عورة الكبير ، ولا ينظر الله إلىٰ كاشف عورته » وبهـٰذا جزم الرافعي ، ورد عليه في « الروضة » بأن القاضي جزم بجوازه في الصغير[2] ، وصححه المتولي ، والمسألة تقدمت في (شروط الصلاة) .

قال : (**وأن نظر العبد إلىٰ سيدته ونظر ممسوح كالنظر إلىٰ محرم**) ، أما نظر العبد . . فلقوله تعالىٰ : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٤١٠٣] بإسناد جيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل علىٰ فاطمة ومعه عبد قد وهبه لها وعليها ثوب لا يستر جميع بدنها ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك » وهـٰذا هو المنصوص ، وظاهر الكتاب والسنة ، وقيد البغوي في « تفسيره » الجواز بكون العبد عفيفاً .

---

(١) أخرجه البخاري (٥١٦) ، ومسلم (٥٤٣) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : إن لم يكن يشتهىٰ) . وفي هامشها أيضاً : (وعبارة القاضي في نواقض الوضوء من « تعليقه » : لا يجوز النظر إلىٰ فرج الصغيرة إن كانت تشتهىٰ ، وإن لم تكن تشتهىٰ . . فجائز ، بخلاف اللمس ؛ لأن حكم النظر أخف ، ألا ترىٰ أن الصائم لو نظر فأنزل . . لا يفسد صومه ، ولو قبل أو لمس فأنزل . . يفسد صومه) .

. . . .

والثاني : أنه كالأجنبي ؛ لأنَّ المحرمية لو ثبتت . . لاستمرت كما في الرضاع ، وبهـٰذا قال أبو إسحاق المروزي والإصطخري والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن أبي عصرون ، وصححه المصنف في مسودة له على « المهذب » ، وحمل حديث فاطمة علىٰ أن العبد كان صغيراً ، واختاره الشيخ ، وكلام ابن الرفعة وابن الصلاح مائل إليه ، وهو قول سعيد بن المسيب وطاووس ومجاهد والشعبي وأبي حنيفة[1] .

والخلوة في جميع ذلك كالنظر ، وعلى الوجهين لا بد من استئذان العبد علىٰ سيدته في الأوقات الثلاثة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لِيَسْتَئْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ الآية .

كل هـٰذا في كامل الرق لها ، فلو كانت تملك بعضه . . فالظاهر : أنه كالأجنبي ؛ تغليباً لجانب الحرية[2] ، وقد صرح الماوردي بذلك في (شروط الصلاة) فقال : لا يختلف أصحابنا في أنه كالأجنبي مع سيدته ، وذكر الرافعي في الأمة المشتركة نحوه .

وشملت عبارة المصنف : المدبر ومعلق العتق بصفة والمكاتب ، فأما المدبر ومعلق العتق . . فهما كذلك بلا خلاف ، وأما المكاتب . . ففي « المهمات » : أنه كالأجنبي كما صرح به الرافعي في عكسه ، وهو ما إذا كاتب الرجل أمته فقال : لا يحل له النظر إليها ، وبه صرح القاضي حسين ، كما نقله عنه ابن الصلاح والمصنف في زوائد « الروضة » ، ورأى ابن الرفعة في « المطلب » تخريج وجهين فيه .

وقد ذهب إلىٰ جواز نظره إليها أبو نصر ولد الأستاذ أبي القاسم القشيري ، وهو المنقول عن النص .

وأما حديث أم سلمة الذي رواه أصحاب السنن[3] وصححه الترمذي : « إذا كان

---

(١) في هامش (ز) : (وبه صرح صاحبا « المهذب » و« البيان » ، وكذا السفر بها ، وقد صرح به المرعشي في ترتيب الأقسام) .

(٢) في (ز) و(ت) : (الحرمة) .

(٣) أخرجه أبو داوود (٣٩٢٤) ، والترمذي (١٢٦١) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٩١٨٤) ، وابن ماجه (٢٥٢٠) .

لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي . . فلتحتجب منه » فقال الشافعي رضي الله عنه : ذلك مما عظم الله به أمهات المؤمنين وخصهن به دون غيرهن .

وأما الممسوح الذي ليس بعبد للمرأة سواء كان عبداً لغيرها أم حراً . . ففي جواز نظره لها وجهان :

أحدهما : أنه كنظر الفحل إلى المحارم[1] ؛ لأنه من غير أولي الإربة ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الأكثرون ، ولهـٰذا صححه المصنف .

والثاني : أنه كنظر الفحل إلى الأجنبية ؛ لأنه يحل له أن يتزوج بها ، وأما غير أولي الإربة . . فاختار المصنف : أنه المغفل في عقله الذي لا يشتهي النساء ، وكذا فسره ابن عباس وغيره .

و(الممسوح) : هو الذي ليس له ذكر ولا أنثيان ، وهو محل الوجهين ، أما الخصي الذي سلت أنثياه وبقي ذكره . . فهو كالفحل ، وقال القاضي حسين : لا خلاف أنه لا يدخل على النساء من غير حجاب ؛ لأن ضرره أكثر من ضرر الفحل .

و(المجبوب) : الذي ذهب ذكره وبقيت أنثياه كالفحل أيضاً ، قال الشيخ : لا نعلم خلافاً في ذلك إلا ما يوهمه كلام ابن أبي عصرون وليس مراداً .

والعنين والمخنث ـ وهو المتشبه بالنساء ـ والشيخ الهم كالفحل عند الأكثرين .

وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : لا يحل للخصي النظر إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا المخنث .

قال : (**وأن المراهق كالبالغ**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ فلا يجوز لها أن تبدي له زينتها كما لا يجوز لها أن تبديها للبالغ ، وهـٰذا معنىٰ قوله : (المراهق كالبالغ) أنها مأمورة بالاحتجاب عنه ، وأما هو . . فليس بمكلف لـٰكن يؤمر أمر تأديب .

(١) في هامش (ز) : (وعلىٰ هـٰذا : ينبغي تقييده بعفته وعفة المنظور إليها كما تقدم في عبد المرأة ، وقال المتولي : إن كان له ميل إلى النساء . . حرم ، وإلا . . فكالشيخ الهرم) .

وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَىٰ رَجُلٍ إِلاَّ مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ . وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ . . . .

والثاني ـ وهو اختيار القفال وأبي عبد الله الزبيري ـ : أن له النظر كما يجوز له الدخول من غير استئذان إلا في الأوقات الثلاثة المشار إليها بقوله تعالىٰ : ﴿ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ الآية[1] .

ولأن الحل ثبت فلا يرتفع إلا بسبب ظاهر وهو البلوغ ، والأصحاب ألحقوه هنا بالبالغ كما ألحقوه به في جواز رميه إذا نظر إلىٰ حرمة الغير ، وفيما إذا صاح عليه فمات لا يضمن إذا كان متيقظاً ، ولم يلحقوه به في غالب الأبواب .

ويجب على المرأة الاحتجاب عن المجنون قطعاً ؛ لأنه بالغ ذو شهوة ، وقد يكون الخوف منه أكثر .

وخرج بـ(المراهق) غيره من الصبيان ، فلا حجاب عنهم ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ، قيل : لم يبلغوا أن يصفوا العورات .

قال : (**ويحل نظر رجل إلىٰ رجل**) أي : عند أمن الفتنة بلا شهوة وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**إلا ما بين سرة وركبة**) ؛ فإنه عورة كما تقدم .

قال : (**ويحرم نظر أمرد بشهوة**) بالإجماع[2] ، قال في « الكافي » : وهو أعظم إثماً من الأجنبية ؛ إذ لا سبيل إلىٰ حِله ، ولا يختص ذلك بالأمرد ، بل النظر إلى الرجل والمحارم وإلىٰ كل من تقدم ممن يجوز النظر إليه شرطه عدم الشهوة ، ومع الشهوة حرام ، ولا فرق عند الشهوة أن يكون معها خوف فتنة أو لا[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (قال النووي : إذا جعلناه كالبالغ . . لزم الولي أن يمنعه النظر كالزنا وكل محرم . وقال الإمام : إن لم يبلغ أن يحكي ما يراه . . فهو كالعدم ، وإن بلغه دون ثوران شهوة . . فهو كالمحرم ، وإن كانا . . فكالبالغ الأجنبي ، وحينئذٍ فلا ينبغي التعبير بعبارة تقتضي التحريم ، فلو عبر بالمنع . . لكان أحسن) .

(٢) في هامش (ز) : (وكأنه إنما قيد هنا بالأمرد ؛ توطئة لما بعده من تحريم النظر إليه بغير شهوة أيضاً) .

(٣) في هامش (ز) : (العبارة الخالصة أن يقال : لا يختص التحريم بحالة الشهوة ، بل لو انتفت وخيفت الفتنة . . حرم النظر أيضاً كما حكاه الرافعي عن الأكثرين) .

والمراد بـ(الشهوة) : أن ينظر لقضاء وطر في الشهوة ، أما من يحب النظر إلى الوجه الجميل فنظر ليلتذ به . . فهو حرام[1] ، وليس المراد به زيادة علىٰ ذلك من وقاع وغيره فذلك زيادة في الفسق .

ووقع في « البحر » و« الحاوي » : أن المحبة لاستحسان الصورة : إن كانت تفضي إلىٰ ريبة . . كرهت ، وإن كانت لاستحسان صنع الله تعالىٰ وبديع خلقه . . لم تكره ، وكانت بالاستحباب أشبه . اهـ وهـٰذا لا يعتمد[2] .

قال : (**قلت : وكذا بغيرها في الأصح المنصوص**) ؛ لأنه مظنة الافتتان .

وفي « كامل ابن عدي » [٧/٩٦] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ أن يحد الرجل النظر إلى الغلام الأمرد)[3] .

والثاني ـ وهو اختيار الإمام ـ : أنه لا يحرم ، وإلا . . لأمر بالاحتجاب كالنسوة ، واستدل له الرافعي وغيره بأن وفداً قدموا علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام حسن الوجه . . فأجلسه من ورائه وقال : « أنا أخشىٰ ما أصاب أخي داوود »[4] وكان ذلك بمرأىً من الحاضرين ، فدل علىٰ أنه لا يحرم ، وهـٰذا الحديث رواه أبو حفص بن شاهين بإسناد مجهول ، قال الشيخ : وهو موضوع لا أصل له .

وقوله (أخشىٰ ما أصاب أخي داوود) معاذ الله أن يكون ذلك من كلام النبي صلى الله عليه وسلم والله تعالىٰ يقول : ﴿ وَٱذْكُرْ عَبْدَنَا دَاوُۥدَ ذَا ٱلْأَيْدِ ﴾ فوصفه بالقوة في الدين ولم يحصل من داوود عليه الصلاة والسلام شيء من ذلك ، وما يتوهمه العامة

---

(١) في هامش (ز) : (بمعنىٰ : أن الشخص يحب النظر إلى الوجه الجميل ويلتذ به ، وليس المراد : أن يشتهي . . . .) .

(٢) في هامش (ت) : (قوله : « وهـٰذا لا يعتمد » فإن أراد به الاقتصار على الكراهة عند الإفضاء إلى الريبة . . فمسلّم ، وإن أراد نفي الاستحباب عند النظر لاستحسان صنع الله . . ففيه نظر ، لا سيما إن كان من الأتقياء والعارفين بالله ، والله أعلم) .

(٣) في هامش (ز) : (وكما يثبت التحريم في حق الأجنبي . . يثبت في حق القريب أيضاً كما قاله في زوائد « الروضة » في « كتاب السير ») .

(٤) انظر « تلخيص الحبير » (٣/١٤٨) .

وَٱلْأَصَحُّ عِنْدَ ٱلْمُحَقِّقِينَ : أَنَّ ٱلْأَمَةَ كَٱلْحُرَّةِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَٱلْمَرْأَةُ مَعَ ٱلْمَرْأَةِ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ ، . . . .

وينقله بعض المفسرين والقصاص كذب ، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أن داوود عليه الصلاة والسلام كان أعبد البشر »[1] .

والنص الذي أشار إليه المصنف نقله الداركي ، لكنه مقيد بحالة الشهوة ، وهو يقتضي أن لا يحرم مطلقاً لا كما ادعاه المصنف .

وقيده القاضي حسين والمتولي والمصنف في « رياض الصالحين »[2] و« التبيان » و« رؤوس المسائل » بكونه حسناً[3] ، ولم يقيدوا به النساء[4] .

و(الأمرد) : الشاب الذي طر شاربه ولم تبد لحيته ، ولا يقال لمن أسن ولا شعر بوجهه أمرد ، ولا يقال جارية مرداء .

قال : (**والأصح عند المحققين : أن الأمة كالحرة والله أعلم**) ؛ لعموم ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ ﴾ فيحرم النظر إليها مطلقاً ، ورب أمة أجمل من حرائر .

قال في « الروضة » : وهـٰذا أرجح دليلاً ، واختاره الشيخ أبو حامد والجرجاني والقاضي أبو الطيب وابن أبي عصرون والشيخ .

قال : (**والمرأة مع المرأة كرجل ورجل**) ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ فيجوز لها عند أمن الفتنة أن تنظر إلىٰ ما فوق السرة ودون الركبة ، وعند الشهوة يحرم ذلك ، وعند خوف الفتنة الوجهان اللذان ذكرهما الإمام في الرجل مع الرجل .

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٣٣) ، والترمذي (٣٤٩٠) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : يرشد إليه تبويبه في « الرياض ») .

(٣) في هامش (ز) : (وقال السبكي : الإطلاق محتمل أيضاً ؛ لعدم انضباط الحسن قال : ولـٰكن الظاهر الأول ، يعني التقييدُ ، وحرر موضع الخلاف وحصره في جميل يمكن الافتتان به ، فعند النووي يحرم وإن انتفت الفتنة والشهوة اعتباراً بالمنظور إليه ، وعند الرافعي يجوز اعتباراً بالناظر ، واستشكل إيجاب الغض عن الأمرد مطلقاً) .

(٤) في هامش (ز) : (قال السبكي : لأن في الطباع الميل إليهن فطرة بالأنوثة ، وذلك مفقود فيما بين الرجال ، إلا في الأمرد الحسن) .

قال : (**والأصح : تحريم نظر ذمية إلىٰ مسلمة**)[1] ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ والذمية ليست من نسائهن .

وصح عن عمر رضي الله عنه أنه منع الذميات من دخول الحمامات مع المسلمات .

والثاني : أنها كالمسلمة ؛ لأن الجنس واحد فكانتا كالرجلين المسلم والذمي ، وصححه الغزالي ، وقال ابن القشيري إنه القياس ، ويدل له ما رواه الشيخان [خ ١٠٥٠ـ م ٩٠٣] وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها : أن يهودية جاءت تسألها فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فأخبرت عائشة رضي الله عنها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليها .

وإذا قلنا بالتحريم . . فهل تكون معها كالرجل الأجنبي أو ترىٰ منها ما يبدو عند المهنة؟ وجهان : أشبههما عند الشيخين : الثاني[2] .

وإطلاق المصنف (النظر) يقتضي ترجيح الأول ، وبه جزم القاضي والبغوي والمتولي وغيرهم ، وعلى الأصح : لا تدخل الذمية الحمام مع المسلمات ، ويحرم أيضاً على المسلمة التكشف بحضرتها .

وسائر الكافرات كالذمية[3] ، لـٰكن يستثنىٰ ما إذا كانت الكافرة مملوكة للمسلمة . . فلا يحرم التكشف بحضرتها للحاجة كما أفتىٰ به المصنف[4] ، وينبغي أن يلحق بها محارمها[5] .

---

(١) في هامش (ز) : (وعكسه وهو نظر المسلمة للذمية . . مقتضىٰ كلام الأصحاب جوازه ، وقال البلقيني : عندي فيه وقفة إن قيل : ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ في الناظرة والمنظورة) .

(٢) في هامش (ز) : (كذا ذكراه بعد أن نقلا عن الإمام أنها كالرجل الأجنبي ، وتقدم قول النووي في « فتاويه » : إنه يحرم على المسلمة كشف وجهها للذمية ، وهو موافق لكلام الإمام ، وقال الإمام البلقيني : إنه الأصح ، قال : وبه جزم القاضي حسين وغيره) .

(٣) في هامش (ز) : (أي : يحرم على المسلمة كشف وجهها لها ، وقد صرح به النووي في « فتاويه » ، وإذا لم نخاطب الكفار بفروع الشريعة . . اختص التحريم بالمسلمة) .

(٤) في هامش (ز) : (كما حكاه في « الروضة » عن صاحب « البيان ») .

(٥) في هامش (ز) : (كما دل عليه كلام القاضي حسين حيث فرض الخلاف في الأجانب ، وأما=

وَجَوَازُ نَظَرِ ٱلْمَرْأَةِ إِلَىٰ بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَىٰ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً .
قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : ٱلتَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : إن الفاسقة مع العفيفة كالذمية مع المسلمة[1] ، وبه صرح صاحب « الترغيب » من متأخري المراوزة ، وقال المتولي : إن التي تميل إلى النساء بالمساحقة لا يجوز لها أن تنظر إليهن .

قال : (**وجواز نظر المرأة إلىٰ بدن أجنبي سوىٰ ما بين سرته وركبته إن لم تخف فتنة**) ؛ لأن عائشة رضي الله عنها نظرت إلى الحبشة وهم يلعبون في المسجد ، وأذن صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم ، رواهما الشيخان [م ١٤٨٠/ ٣٦] ، وهـٰذا صححه الغزالي والرافعي هنا في « الشرح » و« المحرر » ، وليس كنظر الرجل إلى المرأة ؛ لأن بدنها عورة في نفسه ، ولذلك يجب ستره في الصلاة ، لـٰكن صرح المتولي بكراهة نظرها إلىٰ وجهه وبدنه .

قال : (**قلت : الأصح : التحريم كهو إليها والله أعلم**) ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٤١٠٩] و« الترمذي » [٢٧٧٨] و« النسائي » [سك ٩١٩٧] عن أم سلمة : أنها كانت في بيت ميمونة ودخل عليهما النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذن ابن أم مكتوم الأعمىٰ فقال : « احتجبا منه » قالت : فقلنا يا رسول الله ؛ إنه أعمىٰ لا يبصرنا! قال : « أفعمياوان أنتما؟! ألستما تبصرانه؟! » لـٰكن قال أبو داوود : هـٰذا لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم خاصة .

وأجاب في « شرح مسلم » عن حديث عائشة بأنها لم تنظر إلىٰ وجوه الحبشة ولا إلىٰ أبدانهم، وإنما نظرت إلىٰ لعبهم وحرابهم ، ولا يلزم منه تعمد النظر إلى البدن[2] .

= القريبة كبنت العم وبنت الخال ونحوهما . . فهل هن كنساء المحارم أم نساء الأجانب؟ قال الإمام البلقيني : الأقرب الثاني) .

(١) في هامش (ز) : (ونازعه البلقيني فيه وقال : هي من المؤمنات والفسق لا يخرجها عن ذلك) .

(٢) في هامش (ز) : (وأجيب بأنها كانت صغيرة ، أو كانت قبل نزول الحجاب) .

وفي المسألة وجه ثالث : أنها تنظر إلىٰ ما يبدو في المهنة فقط .

كل هـٰذا إذا لم تخش الفتنة ، فإن خافتها . . لم يجز قطعاً ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك ما إذا قصدت نكاحه . . فلها النظر إليه لا محالة .

ومرادهم بالمرأة : البالغة ، وينبغي أن تكون المعصر على الخلاف في نظر المراهق إليها .

قال : (**ونظرها إلىٰ محرمها كعكسه**)[1] أي : كنظر الرجل إلىٰ محرمه ، وقد تقدم ، والخنثىٰ على الأصح يؤخذ فيه بالاحتياط[2] ، فيجعل مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة ، وعن القفال : يحكم فيه بالجواز ؛ استصحاباً لما كان في الصغر حتىٰ يظهر خلافه ، وبهـٰذا قطع جماعة ، قال الشيخ والمختار الأول ، لـٰكن جزم المصنف في « شرح المهذب » بأنه يحرم على الرجال والنساء النظر إليه إذا كان في سن يحرم فيه النظر إلى الواضح .

قال : (**ومتىٰ حرم النظر . . حرم المس**) بل أولىٰ ؛ لأنه أبلغ في إثارة الشهوة بدليل أنه لو لمس فأنزل . . بطل صومه ، ولو أنزل بالنظر . . لم يفطر ، وينتقض الوضوء بالمس دون النظر ، فيحرم مس الأمرد كما يحرم نظره ، ويحرم على الرجل دلك فخذ الرجل بلا حائل كما يحرم النظر إليه ، وهـٰذا الضابط يرد عليه :

العضو المبان من الأجنبية يحرم النظر إليه لا لمسه[3] .

وحلقة دبر الزوجة والأمة يحرم نظرهما لا مسهما كما صرح به الدارمي في « الإستذكار » ، وفرج الزوجة يحرم نظره علىٰ وجه ، ويجوز مسه بلا خلاف .

وكان الأحسن أن يقول : وحيث حرم النظر . . حرم المس كعبارة « المحرر » و« الروضة » ؛ لأن (حيث) اسم مكان ، والمقصود أن المكان الذي يحرم نظره . .

---

(١) في هامش (ز) : (سكت عن نظرها لما هو كالمحرم لها وهو مملوكها ، وجعله في « البحر » على الخلاف في نظره إليها ، وقضية ترجيح المصنف . . إلحاقه بالأجنبي في التحريم) .

(٢) في هامش (ز) : (يشكل عليه تغسيل الفريقين له إذا مات) .

(٣) في هامش (ز) : (ممنوع) .

. . . .

يحرم مسه ، و(متىٰ) اسم زمان لا يلزم منها المكان[١] .

ومفهوم عبارة الكتاب : أنه حيث جاز النظر . . جاز المس ، وهو غير مطرد ، فلا يجوز للرجل مس وجه الأجنبية وإن جوزنا نظره ، ولا مس كل ما يجوز نظره من المحارم[٢] .

مهمة :

حاصل ما في « الروضة » : أن جميع ما يجوز النظر إليه من المحارم . . يحرم مسه ، حتىٰ يحرم مس وجه الأم ويدها ورجلها ، وهو غلط مخالف للإجماع ؛ فهو في « شرح مسلم » في « باب غزو البحر » نقل الإجماع علىٰ حل ذلك ، ونقل فيه الاتفاق علىٰ أن أم حرام كانت محرماً للنبي صلى الله عليه وسلم ، وقد بين الشيخ شرف الدين الدمياطي أنها لم تكن محرماً له بالاتفاق .

وحمل الشيخ ما في « الروضة » على الشهوة ، والذي في « شرح مسلم » على الحاجة والشفقة[٣] ، والسلف الصالح لم يزالوا علىٰ إباحة ذلك ، فالنبي صلى الله عليه وسلم قبَّل ابنته فاطمة ، والصديق قبَّل الصديقة .

فرع :

لا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد منهما في جانب الفراش ؛ لما روىٰ مسلم [٣٣٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يفضي

---

(١) في هامش (ز) : (قال ابن النقيب : قد يقال : إن الزمان أيضاً مقصود ؛ فإن الأجنبية يحرم نظرها ؛ فإذا عقد عليها . . جاز ، فإذا طلقها . . حرم ، ولذلك استثني زمان المداواة المعالجة) .

(٢) في هامش (ز) : (بل حكى الرافعي عن العبادي عن القفال : أنه لايجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبل وجهها ، ولا أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله) .

(٣) في هامش (ز) : (قال : وبينهما مراتب متفاوتة ، فما قرب إلى الأول . . ظهر تحريمه ، أو إلى الثاني . . ظهر جوازه) .

الرجل إلى الرجل في الثوب ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب » .

وهـٰذا مشروط بما إذا كانا عاريين كما ذكره في « شرح مسلم » ، وصرح به القاضي حسين والخوارزمي ، فإن كانا لابسين أو أحدهما . . فلا بأس .

وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين . . وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع ؛ لعموم الأمر بذلك .

قال : (**ويباحان**) يعني : النظر والمس (**لفصد وحجامة وعلاج**) وكذلك الختان والتوليد للحاجة الملجئة إلىٰ ذلك ، لـٰكن يشترط حضور زوج أو محرم أو امرأة أخرىٰ معها[1] .

والأصح في « الروضة » : اشتراط فقد امرأة تداويها ورجل يداويه ، وقال القاضي والمتولي : لا يجوز أن يكون ذمياً مع وجود مسلم ، وأقره في « الروضة » ، وقيد في « الكافي » الطبيب بالأمانة . . فلا يعدل إلىٰ غير الأمين مع وجوده[2] .

ثم أصل الحاجة كاف في نظر الوجه والكفين ، ويعتبر في غير ذلك تأكدها وهو مبيح التيمم ، وفي الفرج مزيد تأكد وهو ما لا يعد التكشف له هتكاً للمروءة .

قال : (**قلت : ويباح نظر لمعاملة**)[3] ؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ ذلك بسبب العهدة

---

(١) في هامش (ز) : (قال البلقيني : المراد أن يكون هناك من يمنع حصول الخلوة كما هو مذكور في « العدة ») .

(٢) في هامش (ز) : (قال البلقيني : اللائق بالترتيب أن يقال : إن كانت العلة في الوجه . . سومح بذلك كما في المعاملة ، وإن كانت في غيره فإن كانت امرأة . . فيعتبر وجود امرأة مسلمة ، فإن تعذر . . فصبي مسلم غير مراهق ، فإن تعذر . . فصبي غير مراهق كافر ، فإن تعذر . . فامرأة كافرة ، فإن تعذرت . . فمحرمها المسلم ، فإن تعذر . . فمحرمها الكافر ، فإن تعذر . . فأجنبي مسلم ، فإن تعذر . . فأجنبي كافر) .

(٣) في هامش (ز) : (قال البلقيني : لم يقيدوا المعاملة والشهادة بأن لا يوجد من محارمها من يعاملها ويسهل عليها ، وأن لا توجد امرأة تعاملها ، وكأنهم سامحوا في ذلك لتعلقه بالوجه خاصة .

قلت : الشهادة لاتجب بالوجه ؛ فإنه يجوز النظر للفرج لتحملها على الزنا والولادة ، وللثدي للشهادة على الرضاع على الأصح) .

والمطالبة بالثمن وغير ذلك ، وكذلك الإجارات وسائر المعاملات ، وكذلك عكسه ، ولا ينظر في المعاملة والشهادة والتعليم إلا الوجه فقط .

قال : (**وشهادة**) ؛ لأنه يحتاج إلىٰ ذلك ، ويلزمها الكشف عند الأداء أيضاً إذا قلنا : لا بد في الشهادة عليها من المعاينة كما هو المذهب ، فإن اكتفينا بتعريف عدلين ـ وهو الذي عليه العمل كما سيأتي في (الشهادات) ـ امتنع النظر حينئذ ، وكذلك إذا عرفها في النقاب . . فإنه لا يفتقر إلى الكشف كما قاله الماوردي ، وحكاه الرافعي في (الشهادات) عن صاحب « العدة » .

ومن الحاجة النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة والزنا ، والثدي للشهادة على الرضاع .

وقيل : لا يجوز إلا في الزنا فقط ؛ لأنه هتك حرمة نفسه ، وقيل : عكسه ؛ طلباً للستر والذي ذهب إليه الجمهور : أنه يستوعب الوجه بالنظر .

وصحح الماوردي أنه ينظر إلىٰ ما يعرفها به ، قال : ولا يزيد على النظرة الواحدة إلا أن يحتاج إلىٰ ثانية للتحقق . . فيجوز .

كل هـٰذا إذا لم يخف الفتنة ، فإن خافها . . امتنع عليه النظر ، إلا أن تكون الشهادة متعينة عليه . . فإنه يضبط نفسه وينظر .

قال : (**وتعليم**) ، المراد : تعليم ما يجب تعليمه كقراءة (الفاتحة) وما يجب تعلمه من الصنائع المحتاج إليها .

وإباحة النظر للتعليم انفرد به المصنف ، وذكره في « شرح مسلم » أيضاً في أحاديث الإسراء وهو مشكل ؛ لأن تعليم (الفاتحة) وإن كان واجباً يمكن أن تعلمه من وراء حجاب ، ويشترط مع ذلك فقد الجنس كما تقدم في العلاج ، وإن كان لتعليم القطن والغزل ونحو ذلك . . فالنساء أعلم به .

ويمكن أن يحمل كلام المصنف علىٰ ما إذا تعذر التعليم من وراء حجاب[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (قاله السبكي هنا) .

وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ ٱلْحَاجَةِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلِلزَّوْجِ ٱلنَّظَرُ إِلَىٰ كُلِّ بَدَنِهَا . . . .

قال : (**ونحوها**) كأمة يريد شراءها . . فينظر إلىٰ ما تشترط رؤيته على الأصح ، وهو ما عدا ما بين السرة والركبة ، وكل ما جاز للرجل نظره من المرأة للحاجة . . جاز لها منه أيضاً إذا تحققت حاجتها ، كما إذا باعته أو اشترت منه أو استأجرت منه أو آجرته ؛ لأنها تحتاج إلىٰ معرفته لتطالبه وغير ذلك .

قال : (**بقدر الحاجة والله أعلم**) ؛ لأن ما جاز للضرورة . . يتقدر بقدرها ، وهي متفاوتة كما تقدم .

قال : (**وللزوج النظر إلىٰ كل بدنها**) ؛ لأنه محل استمتاعه ، وكذلك عكسه ، وكذلك السيد مع الأمة المباحة له ؛ لما روى الأربعة[(1)] والحاكم [٤/١٨٠] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « احفظ عورتك إلا من زوجتك أو أمتك » وإذا لم يحفظ عورته منها . . لم تحفظ عورتها منه .

فإن كانت الأمة مرتدة أو مجوسية أو وثنية أو مزوجة أو مكاتبة أو مشتركة بينه وبين غيره . . حرم نظره إلىٰ ما بين سرتها وركبتها ، ولا يحرم ما زاد علىٰ ذلك على الصحيح .

وجوز أصبغ بن الفَرَج من أصحاب مالك للزوج أن يلحس فرج زوجته بلسانه ، لـٰكن يستثنىٰ حلقة الدبر كما تقدم .

ويكره النظر إلىٰ فرج نفسه وغيره بلا حاجة ، وإلىٰ باطنه أشد كراهة ، وقيل : يحرم ، حكاه الماوردي وغيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « النظر إلى الفرج يورث العمىٰ » رواه ابن عدي [٢/ ٧٥] والبيهقي بإسناد ضعيف [٧/ ٩٤] .

قال في « العدة » : معناه أن الولد يولد أعمىٰ ، فعلىٰ هـٰذا : يخرج الممسوح ، وقيل : الناظر يعمىٰ فيعم الممسوح ، وصحح هـٰذا ابن الصلاح ، وحسن إسناد الحديث ، قال : وأخطأ من نسبه إلى الوضع ، أشار بذلك إلى ابن الجوزي ؛ فإنه ذكره في « الموضوعات » .

---

(١) أبو داوود (٤٠١٣) ، والترمذي (٢٧٦٩) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٨٩٢٣) ، وابن ماجه (١٩٢٠) .

فَصْلٌ :

تَحِلُّ خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ ، ....

وقيل : يورث عمى القلب .

وفي وجه ثالث في « شرح مسلم » : أنه حرام على الرجل مكروه للمرأة ، وخص الفارقي الخلاف بغير حالة الجماع فجوز النظر عند ذلك قطعاً ، والمعروف إطلاقه .

تتمة :

جميع ما تقرر محله إذا لم يكن بالزوجة مانع ، كما إذا كانت معتدة من وطء شبهة .. فإنه يحرم عليه أن ينظر إلىٰ ما بين سرتها وركبتها ، ولا يحرم ما زاد على الأصح ، وقال المتولي : يحرم عليه الخلوة بها .

وكل هـٰذا بالنسبة إلى الحياة ، فإن ماتت .. صار الزوج كالمحرم في النظر كما أفاده في « شرح المهذب » ، وأفاد الشيخ هنا عن أبي عبد الله ابن الحاج ـ وكان رجلاً صالحاً عالماً ـ أنه كان يذكر : أن السنة العري عند النوم وينكر النوم في الثياب .

قال : (**فصل :**

تحل خطبة خلية عن نكاح وعدة) تصريحاً وتعريضاً بالإجماع .

وتعبيره بـ(الحل) يقتضي أنها غير مستحبة ، وعزاه الرافعي للجمهور ، وقال الغزالي : إنها مستحبة[١] ؛ لفعل النبي صلى الله عليه وسلم والسلف والخلف .

وفي « صحيح ابن حبان » [٤٠٦٥] عن أم سلمة قالت : (لما وضعت زينب .. جاءني النبي صلى الله عليه وسلم يخطبني) .

---

(١) في هامش (ز) : (عبارة العراقي ـ بعد أن نقل عن الغزالي استحبابها ـ : قال الرافعي والنووي : يمكن أن يحتج له بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وما جرىٰ عليه الناس ، لـٰكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب ، وإنما ذكروا الجواز ، قال البلقيني في كلام الشافعي والأصحاب استحبابها ؛ لأنهم ذكروا استحباب النكاح ، ومن ضرورته عادة تقدم خطبة) .

ويشبه أن يفصل بين من يستحب له النكاح فتستحب له الخطبة ، ومن لا . . فلا ؛ لأن حكم الوسيلة حكم المقاصد ، ولا يكفي في الحل خلوها عما ذكر ، بل لا بد من انتفاء موانع النكاح ، وأن لا يسبقه غيره بخطبتها ويجاب .

ولو كان تحته أربع . . حرم عليه أن يخطب ، قاله الماوردي في « الإقناع »[1] ، وقياسه : تحريم خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجته ، وكذلك ثانية السفيه ، وثالثة العبد ، لٰكن يرد علىٰ إطلاقه المطلقة ثلاثاً ؛ فلا يجوز لمطلقها أن يخطبها حتىٰ تنكح زوجاً غيره وتعتد منه .

و(الخطبة) بكسر الخاء : التماس التزويج ، وكانت عادة العرب إذا أرادوا تزويج امرأة . . أتوا إليها أو إلىٰ أهلها يخطبون بكلام مشجع ، واشتقاقها من الخطب وهو الشأن كبر أو صغر ، وكسرت الخاء منه ؛ لتدل على الهيئة .

قال : (**لا تصريح لمعتدة**) سواء كانت عن وفاة أو طلاق ، بائن أو رجعي أو شبهة أو وفاة بالإجماع ، ولأن الله تعالىٰ أباح التعريض فدل علىٰ تحريم التصريح ، والمعنىٰ فيه : أن في المرأة من غلبة الشهوة والرغبة في الأزواج ما قد يدعوها إلى الإخبار بانقضاء عدتها كاذبة ، فلذلك حرم الله تعالى التصريح بخطبتها .

والمواعدة سراً في الآية : الخطبة على الصحيح ، قال الشافعي : ولم يرد بـ(السر) ضد الجهر ، إنما أراد الجماع ، ومن قال من الظاهرية بجواز الخطبة علانية لا سراً . . فقد جاوز الحد ، لٰكن يستثنىٰ من إطلاقه صاحب العِدَّة الذي يحل له نكاحها فيها ؛ فله التصريح .

وفي زوائد « الروضة » في (كتاب الحج) المحرم يستحب له ترك الخطبة ، وفي « الكفاية » وجه بالتحريم حتىٰ تجوز خطبة غيره عليه ، واحتج في « شرح المهذب »

---

(١) في هامش (ز) : (قال البلقيني فيمن في نكاحه أربع : لم أقف على نقل ، والأقرب : الجواز إذا كان القصد أنها إذا أجابت . . أبان واحدة ، قال : وقياسه يجري في زوج يخطب أخت زوجته ، وفي هٰذا بعد) .

وَلاَ تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ ، وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ ، وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي ٱلأَظْهَرِ . . .

للكراهة بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينكح المحرم ولا يخطب »[1] ، قال : وعطف الخطبة على النكاح في الحديث عطف للمكروه على الحرام ، وهو جائز .

قال : وقول الفارقي : المراد خطبة العقد وهي الحمد لله . . . إلىٰ آخرها خطأ فاحش ، ووافق الفارقي علىٰ ذلك صاحبُ « الإنتصار » ، ووجه بأنه مقدمة العقد ، فكأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن الإنكاح وما يتقدمه وإن كان المتعاطي له غيره كما يكره أن يخطب لغيره .

ويكره أيضاً للحلال خطبة المحرمة ولا يحرم ، بخلاف خطبة المعتدة حيث حرمت ؛ لأنها ربما كذبت في انقضاء عدتها إذ لا يعرف إلا من جهتها ، بخلاف الإحرام ؛ فإنه مشاهد مضبوط .

قال : (**ولا تعريض لرجعية**) ؛ لأن الرجعية زوجة أو في حكم الزوجة ، وعلم من هـٰذا أن التصريح من باب أولىٰ ، وهـٰذا في غير صاحب العِدَّة كما تقدم .

قال : (**ويحل تعريض في عدة وفاة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ؛ لأنها من تتمة قوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ .

والفرق بينه وبين التصريح : أن التصريح تتحقق به الرغبة والتعريض لا تتحقق به ، وحكي وجه : أنها إن كانت بالحمل . . لم تخطب خشية من تكلف إلقائه .

قال : (**وكذا لبائن في الأظهر**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « فإذا حللت . . فآذنيني » متفق عليه [م ١٤٨٠/٣٦] ، ولأن سلطنة الزوج عنها قد انقطعت .

والثاني : يحرم ؛ لأن لصاحب العِدَّة أن يتزوجها فأشبهت الرجعية ، وسواء في ذلك البائن بدون الثلاث أو بفسخ .

وقيل : إن كانت هي الفاسخة . . امتنع قطعاً ؛ لظهور كراهتها له فقد تكذب في العدة .

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٩) ، وابن حبان (٤١٢٣) ، وأبو داوود (١٨٣٨) ، والنسائي (١٩٢/٥) ، وابن ماجه (١٩٦٦) ، وغيرهم .

أما البائن بالثلاث أو بثنتين من العبد وكل من ليس لصاحب العدة نكاحها كاللعان والرضاع . . الأصح : أنها كالمتوفىٰ عنها .

وقيل : كالفسخ ، فكان ينبغي أن يميز البائن باستيفاء العدد ، ويعبر عنها بالمذهب ؛ فإن الأصح : الجزم فيها بالجواز .

والتعريض كقوله : رب راغب فيك ، ومن يجد مثلك ، وأنت جميلة ، وإذا حللت فآذنيني ، والتصريح كقوله : أريد أن أتزوجك .

وسواء الأقراء والأشهر ، وقيل : يحرم في الأقراء قطعاً .

ثم من التعريض ما يحرم كقوله : عندي جماع يرضي من جومعت ، ومباح وهو ما تقدم ، وقيل : التعريض بالجماع تصريح بالخطبة .

وحكم الجواب تصريحاً وتلويحاً كالخطبة إن حرمت . . حرم ، وإلا . . فلا[1] ، قال الشيخ : ذكر الأصحاب التصريح بالخطبة والتعريض ، ولم يذكروا الكناية وهي رتبة متوسطة بينه وبين التصريح ، قال : والذي يظهر أنها ملحقة بالتصريح ، فتحرم حيث يحرم ؛ لأنها أبلغ من التعريض .

قال : (**وتحرم خطبة علىٰ خطبة من صرح بإجابته إلا بإذنه**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه إلا بإذنه » متفق عليه [خ ٥١٤٢ـ م ١٤٠٨/٣٨] ، ولما فيه من الإيذاء والتقاطع ، وسواء كان الأول كفءاً أو غير كفء ، مسلماً أو ذمياً ، وذكر الأخ في الحديث خرج مخرج الغالب .

وقال ابن حربويه : يختص التحريم بالخطبة علىٰ خطبة المسلم ، وبه قال الأوزاعي ، وبمثله أجابا في السوم على السوم .

---

(١) في هامش (ز) : (ولا بد مع الإجابة من الإذن للولي في تزويجها له في ذلك ، وإلا . . فلا يحرم ، نص عليه في « الرسالة » كما في « المهمات » ـ والذي في « أصل الروضة » : الاكتفاء بأحدهما ـ قال الأذرعي : هـٰذا غريب يحتاج إلىٰ مراجعة « الرسالة » وتأملها ؛ فإن ما ذكره بعيد من كلام الأئمة ؛ إذ كلامهم ناطق بأنها إذا كانت مستقلة ـ لا تزوج إلا برضاها ـ فخطبت فأجابت . . أنه تحرم الخطبة علىٰ خطبة المجاب وإن لم تكن أذنت للولي بعد ، وهو ظاهر) .

. . . .

والمصرح بالإجابة : المجبر أو السيد ، أو هي إن انتفى الإجبار والرق[1] ، أو السلطان في المجنونة ، أما من عرض بإجابته كلا رغبة عنك . . فالجديد : الكراهة ، والقديم : التحريم ، ويحكىٰ عن أبي حنيفة ومالك .

فإذا أذن في الخطبة علىٰ خطبته . . جاز ، ولنا وجه في السوم على السوم : أنه يحرم وإن أذن لا يأتي هنا ؛ لأن هناك البيع موجود بعد الترك وهنا الخطبة بعده غير موجودة .

واقتصاره على استثناء الإذن ليس للحصر ، بل لو ترك أو طال الزمان بعد إجابته بحيث يعد معرضاً . . لم تحرم ؛ لأن تركه يدل علىٰ إعراضه ، وكذلك لو غاب مدة يحصل لها الضرر بها ، أو رجعوا عن إجابته أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة .

ولا يخفىٰ أن شرط الخطبة الأولىٰ أن تكون جائزة ، فإن كانت محرمة كالواقعة في العدة . . لم تحرم الخطبة عليها ، قاله في « البحر » ، لـٰكن في زوائد « الروضة » عن الصيمري : أنه لو خطب خمس نسوة دفعة فأذن . . لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتىٰ يتركها الأول ، أو يعقد علىٰ أربع فتحل الخامسة ، وإن خطب كل واحدة وحدها فأذن . . حلت الخامسة دون غيرها ، قال المصنف : والمختار : تحريم الجميع ؛ إذ قد يرغب في الخامسة .

وشرط الإذن المحرم أن يكون من معين ، فلو أذنت لوليها أن يزوجها ممن شاء . . صح وحل لكل أحد أن يخطبها علىٰ خطبة الغير ، نقله في «البحر» عن نص « الأم »[2] ،

---

(١) ومقتضىٰ عبارته : إجابة البكر قطعاً كغيرها ، وبه صرح « الحاوي » ، لـٰكن نص الشافعي على الاكتفاء بسكوتها ، حكاه في « المهمات » .
وأورد في « المهمات » ما إذا كان الخاطب غير كفء . . فالنكاح متوقف علىٰ رضا الولي والمرأة معاً ، فالمعتبر في تحريم الخطبة إجابتهما .

(٢) في هامش (ز) : (تبع في ذلك الإسنوي ، [بحسب ما فهمه الإسنوي عن « البحر » ، ولـٰكن] عبارة « البحر » : قال الإمام : إذا أذنت لوليها ولم تعين الزوج بل قالت : زوجني ممن شئت أو ممن ترىٰ . . حل لكل أحد خطبتها ؛ لأنه إنما منع الخطبة ؛ لما فيه من الإضرار =

فَإِنْ لَمْ يُجَبْ وَلَمْ يُرَدَّ . . لَمْ تَحْرُمْ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَمَنِ ٱسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ . . ذَكَرَ مَسَاوِئَهُ بِصِدْقٍ . . . .

واشترط القاضي في التحريم : أن يكون عالماً بالنهي ، فلو جهل . . جاز الهجوم .

وإذا خطب من حرمت عليه الخطبة وتزوج . . أثم وصح النكاح ؛ لأن المحرم الخطبة لا العقد ، وقال مالك وداوود لا يصح النكاح ؛ للنهي عنه .

ويجوز أن يخطب من لم يعلم هل خطبت أم لا ، ومن لم يعلم هل أجيب خاطبها أم لا[1] ، وهو قريب من العمل بالعام قبل البحث عن المخصص .

قال : (**فإن لم يجب ولم يرد . . لم تحرم في الأظهر**) ؛ لأنه لم يبطل حقاً تقرر بينهما ، ولأن فاطمة بنت قيس قالت : يا رسول الله ؛ إن معاوية وأبا جهم خطباني ، فقال لها : « انكحي أسامة » ؛ لأنها لم تجب واحداً من الأولين ولا ردته .

والثاني : تحرم ؛ لإطلاق حديث النهي[2] .

قال : (**ومن استشير في خاطب . . ذكر مساوئه بصدق**) بدليل خبر فاطمة بنت قيس ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم تعرض للخاطبين بما يكرهانه فقال : « أما أبو جهم . . فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية . . فصعلوك لا مال له » والمراد : أن أبا جهم كثير الضرب للنساء كما جاء مصرحاً به في رواية مسلم [١٤٨٠/٤٧] .

وقيل : كنىٰ به سوء الخلق ، وقيل : عن كثرة السفر ، وعن أبي بكر الصيرفي : أنه كنىٰ به عن كثرة الجماع ، واستبعد ذلك ؛ لبعد اطلاع النبي صلى الله عليه وسلم علىٰ

= بالغير ، وليس هٰهنا شخص معين له النكاح حتىٰ يلحقه ضرر وإفساد لخطبة الغير عليه . اهـ لفظه .

واختصره الإسنوي فأفسده بقوله : وحلَّ لكل أحد أن يخطبها علىٰ خطبة الغير) .

(١) في هامش (ز) : (قال الرافعي في « البيع » : إن السكوت العاري عما يشعر بالإنكار كالرضا في الخطبة) .

(٢) قال في « المهمات » : نصوا على استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال ، فيأتي في التحريم ما سبق في المرأة .

قلت : ممنوع ذلك ؛ لأن جمعه بين امرأتين جائز ، فلعل صورته أن يكون المجاب يكمل بها العدد الشرعي أو يكون لا يريد إلا تزوج واحدة .

. . . .

هـٰذه الحالة من غيره ، ثم لبعد ذكره عن خلقه وأدبه ، ثم لأن المرأة لا ترغب عن الخاطب بذلك .

ومعاوية المذكور في الحديث : هو ابن أبي سفيان على المشهور ، وقيل : بل غيره .

وليس ذكر هـٰذا من باب الغيبة ، بل من النصحية ، ولهـٰذا قال في « الإحياء » : يشترط قصد النصيحة لا الوقيعة ، وإليه أشار المصنف بقوله (بصدق) ، وقد روى البخاري[١] تعليقاً بصيغة جزم : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا استنصح أحدكم أخاه . . فلينصح له » .

فإن حصل الغرض بذكر بعض المساوىء كقوله : لا خير لك فيه ونحوه . . لم يحل تعيينها ، قاله في « الأذكار » و« الإحياء » وابن عبد السلام في « قواعده » .

تنبيهات :

أحدها : لم يبين المصنف هل ذكر هـٰذا واجب على المستشار أو مستحب[٢] ، وبالوجوب صرح صاحب « الترغيب » والقفال في « الفتاوىٰ » وابن عبد السلام وابن الصلاح وغيرهم ، وفي « الإحياء » و« الرياض » ما ظاهره الوجوب أيضاً ، واختاره الشيخ ، وحمل عليه كلام « المنهاج » ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » : يجوز أن يصدق ، وفي « المحرر » : عليه أن يصدق ، والمعتمد الوجوب ، كمن علم بالمبيع عيباً . . فإنه يجب عليه ذكره .

وحكم الاستشارة في المخطوبة كذلك .

وأفهمت عبارة المصنف : أنه إذا لم يستشره . . لا يذكر ذلك ، ومقتضىٰ كلام ابن الصلاح : وجوب الذكر ابتداء من غير استشارة ، ولا يبعد ذلك ؛ فإنه قياس من يعلم

(١) في كتاب البيوع ، باب : هل يبيع حاضر لبادٍ بغير أجر .

(٢) في هامش (ز) : (قال الإمام البلقيني : محل جواز ذكر المساوىء إذا لم تأذن في العقد ، فإن أذنت . . فلا ، وقد نص عليه الشافعي) .

بالمبيع عيباً ، وقد يفرق بأن الأعراض أشد حرمة من الأموال[١] .

الثاني : لو استشير في عيوب نفسه هل يجب عليه أن يذكرها ، أو لا ، أو يستحب؟ فيه نظر[٢] ، وعموم كلام الشيخين يقتضي الذكر .

الثالث : قال المصنف وغيره : الغيبة تباح بستة أسباب :

التظلم ، والاستفتاء ، والاستعانة علىٰ إزالة المنكر ، ولتحذير الناس من الشر ، وأن يكون متجاهراً بالفسق أو البدعة ، وللتعريف ـ إذا لم يعرف إلا بذلك ـ كقول المحدثين : سليمان الأحول ، وواصل الأحدب ، وعبد الرحمـٰن بن هرمز الأعرج ، وسليمان بن مهران الأعمش، وسلمة بن الفضل الأبرش ، ومالك بن الحارث الأشتر، ونحو ذلك مما تدعو الضرورة إليه وليس فيه قصد الاستخفاف والأذىٰ ، وقد قال عبد الله بن مسعود لعلقمة : (أو تقول ذلك يا أعور) .

قال : (**ويستحب تقديم خُطبة قبل الخِطبة**) فيحمد الله تعالىٰ ويثني عليه ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، ويوصي بتقوى الله ثم يقول : جئتكم خاطباً كريمتكم ، ويخطب الولي كذلك ثم يقول : لست بمرغوب عنه أو ما في معناه ، وهـٰذه متفق على استحبابها .

قال : (**وقبل العقد**) أي : وأُخرىٰ قبل العقد ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله . . فهو أبتر »[٣] . و(الأبتر) : الناقص ، وهـٰذه آكد استحباباً من التي تقدمت .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام وداوود : لا يصح العقد إلا بها ، وهما محجوجان

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « أصل الروضة » : وكذا من أراد نصيحة غيره ليحذر مشاركته ونحوها . اهـ ومن ذلك التحذير من مجاورة شخص أو الرواية عنه أو القراءة عليه) .

(٢) في هامش (ز) : (وقد دخلت هـٰذه الصورة في عبارته ، قال في « المهمات » : هل يجب الإخبار بعيوبه أم يستحب أم لا يجب ولا يستحب؟ فيه نظر) .

(٣) أخرجه ابن حبان (١) ، وأبو داوود (٤٨٠٧) ، وابن ماجه (١٨٩٤) ، وغيرهم .

. . . .

بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أنكحتكها بما معك من القرآن »[1] ولم يذكر خطبة ، وقال : « انكحي أسامة » ولم يذكر خطبة .

وسواء خطب الزوج أو الولي أو أجنبي . . حصل الاستحباب .

وتبرك الأئمة لخطبة النكاح بما روى الأربعة[2] والحاكم [٢/ ١٨٢] عن عبد الله بن مسعود قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة : « الحمد لله نحمده ، ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده الله . . فلا مضل له ، ومن يضلل . . فلا هادي له ، وأشهد أن لا إلـه إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ » الآية .

وكان أحمد إذا لم تذكر هـٰذه الخطبة في عقد . . انصرف .

وكان القفال يقول بعدها : أما بعد : فإن الأمور كلها بيد الله يقضي فيها ما يشاء ، ويحكم ما يريد ، لا مؤخر لما قدم ، ولا مقدم لما أخر ، ولا يجتمع اثنان ولا يفترقان إلا بقضاء وقدر وكتاب قد سبق ، وإن مما قضى الله وقدر أن خطب فلان ابن فلان فلانة بنت فلان علىٰ صداق كذا ، أقول قولي هـٰذا وأستغفر الله لي ولكم أجمعين .

واستحب الشافعي للولي أن يقول ما قال ابن عمر : (أزوجك علىٰ ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[3] فإن قاله قبل العقد . . فذاك ، وإن قيد به الولي الإيجاب وقبل الزوج مطلقاً أو ذاكراً له . . صح في الأصح .

---

(١) أخرجه البخاري (٥١٤٩) ، ومسلم (١٤٢٥) .

(٢) أبو داوود (٢١١١) ، والترمذي (١١٠٥) ، والنسائي (٣/ ١٠٤) ، وابن ماجه (١٨٩٢) .

(٣) أخرجه البيهقي (٧/ ١٤٧) .

وَلَوْ خَطَبَ ٱلْوَلِيُّ ، فَقَالَ ٱلزَّوْجُ : ٱلْحَمْدُ للهِ وَٱلصَّلاَةُ عَلَىٰ رَسُولِ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَبِلْتُ . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، بَلْ يُسْتَحَبُّ . قُلْتُ : ٱلصَّحِيحُ : لاَ يُسْتَحَبُّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . فَإِنْ طَالَ ٱلذِّكْرُ ٱلْفَاصِلُ . . لَمْ يَصِحَّ . . .

قال : (**ولو خطب الولي ، فقال الزوج : الحمد لله والصلاة علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قبلتُ . . صح النكاح على الصحيح**) ؛ لأن المتخلل من متعلقات الصيغة ومصالح العقد فلا يقطع الموالاة كالإقامة بين صلاتي الجمع .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه تخلل بينهما ما ليس من العقد ، وصححه الماوردي ، وقواه الشيخ وقال : إنه قول جميع الأصحاب ، ونسب الأول إلى الشيخ أبي حامد وخطأه فيه ، وأما الرافعي . . فنسب الأول إلى المعظم .

وقوله : (قبلت) مراده إذا قال : قبلت نكاحها ؛ لأنه سيأتي أن الاقتصار علىٰ قبلت لا ينعقد به على الأصح .

قال : (**بل يستحب**) ؛ لأنه أمر ذو بال .

قال : (**قلت : الصحيح : لا يستحب والله أعلم**) ؛ لأنه لم يرد فيه توقيف ، والخروج من الخلاف أولىٰ ، وهـٰذا التصحيح مخالف لما في « الشرحين » و« الروضة » ، فحاصل ما فيها استحباب ذلك ، واقتصاره على الحمدلة والصلاة يقتضي أنه لو ضم إليه الوصية . . ضر ؛ للطول ، وهو مقتضىٰ تصوير « الشرحين » و« الروضة » ، لـٰكن ذكرا بعد ذلك في « الشرحين » و« الروضة » استحبابه وهو بعيد[1] .

قال : (**فإن طال الذكر الفاصل . . لم يصح**) ؛ لإشعاره بالإعراض[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (في « أصل الروضة » : وقالوا : للنكاح خطبتان مسنونتان إحداهما تتقدم العقد ، والثانية تتخلله وهي أن يقول الولي : باسم الله والصلاة علىٰ رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله ، زوجتك فلانة ثم يقول الزوج مثل ذلك ثم يقول : قبلت . اهـ فتبع الرافعي على استحباب تخلل الخطبة بزيادة الوصية بالتقوىٰ ، ولذلك قال « الحاوي » : وندب تخلل التحميد والصلاة ، وصحح السبكي وفاقاً لهما عدم الصحة) .

(٢) في هامش (ز) : (قال الرافعي : كان يجوز أن يقال : إذا كان الذكر مقدمة للقبول . . وجب=

. . . .

وضبط القفال الطول بقدرِ ما لو كانا ساكتين فيه.. لخرج الجواب عن كونه جواباً .

وأفهم قول المصنف : (الذكر) : أن غيره من الكلام الأجنبي يبطل مطلقاً ولو كان يسيراً وهو الأصح هنا ، لكن صحح الشيخان في (باب الخلع) : أنه لايضر اليسير ، ونقلاه في (الاستثناء في الطلاق) عن تصحيح الإمام[1] .

فائدة :

روى الشيخ محب الدين الطبري والحسن بن عبد الله بن سهل العسكري أن خطبة النبي صلى الله عليه وسلم في نكاح فاطمة رضي الله عنها :

« الحمد لله المحمود بنعمته ، المعبود بقدرته ، المطاع بسلطانه ، المرهوب عقابه وسطواته ، المرغوب إليه فيما عنده ، النافذ أمره في سمائه وأرضه ، الذي خلق الخلق بقدرته ، ودبرهم بحكمته ، وأمرهم بأحكامه ، وأعزهم بدينه ، وأكرمهم بنبيه محمد صلى الله عليه وسلم ، إن الله تبارك اسمه وتعالت عظمته جعل المصاهرة نسباً لاحقاً وأمراً مفترضاً ، أوشج بها الأرحام ، وأزال بها الآثام ، وأكرم بها الأنام فقال عز من قائل : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾ ، فأمر الله تعالىٰ يجري إلىٰ قضائه ، وقضاؤه يجري إلىٰ قدره ، ولكل قضاء قدر ، ولكل أجل كتاب ، يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده أم الكتاب ، إن الله أمرني أن أزوج فاطمة من علي ، وقد أوجبته علىٰ أربع مئة مثقال من فضة إن رضي بذلك علي » فقال علي : رضيته عن الله ورسوله[2] صلى الله عليه وسلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « جمع الله

= أن لا تضر إطالته ؛ فإنه لا يشعر بالإعراض ، وأجاب عنه السبكي بأن مقدمة القبول الذي قام الدليل عليها هي الحمدلة والصلاة لا ما زاد) .

(١) في هامش (ز) : (ومحل المنع إذا صدر الكلام من القائل الذي يطلب منه الجواب ، فإن كان المتكلم.. ففيه وجهان حكاهما الرافعي في « الخلع » ، واقتضىٰ إيراده أن المشهور أنه لايضر) .

(٢) في (ز) و(ت) : (رضيت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) .

. . . .

شملكما ، وأسعد جدكما ، وأخرج منكما كثيراً طيباً »[١] قال جابر : فو الذي بعثه بالحق! لقد أخرج الله منهما كثيراً طيباً .

تتمة :

يستحب أن يدعىٰ لهما بعد العقد فيقال : بارك الله لكل منكما في صاحبه وجمع بينكما في خير ، ويكره أن يقال : بالرفاء والبنين ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن ذلك[٢] .

و(الرفاء) : الالتئام والاتفاق والبركة والنماء ، وهو من قولهم : رفأت الثوب ، والبنين : جمع ابن .

ويستحب أن يأخذ الزوج بناصيتها أول ما يلقاها ويقول : بارك الله لكل منا في صاحبه ، وأن يقول عند إرادة الجماع : « باسم الله . . اللهم ؛ جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا »[٣] .

وفي « الإحياء » : يكره الجماع في الليلة الأولىٰ من الشهر والأخيرة منه وليلة النصف ؛ فيقال : إن الشيطان يحضر الجماع في هـٰذه الليالي ، ويقال : إنه يجامع[٤] ، قال : وإذا قضىٰ وطره فليمهل عليها حتىٰ تقضي وطرها ، قال : وفي الوطء ليلة الجمعة أجران ، ويستحب ألا يترك الجماع عند قدومه من سفره ، ولا يحرم وطء الحامل والمرضع .

---

(١) أخرجه ابن عساكر في « تاريخ دمشق » (٥٢/ ٤٤٤) .

(٢) ابن ماجه (١٩٠٦) ، وأحمد (١/ ٢٠١) ، والبزار (٢١٧٢) ، والدارمي (٢٢١٩) ، وغيرهم .

(٣) أخرجه البخاري (١٤١) ، ومسلم (١٤٣٤) .

(٤) في هامش (م) : (ويرد بأن ذلك لم يثبت فيستثنىٰ ، وبفرضه . . الذكر الوارد يمنعه) اهـ من « شرح ابن حجر » .

فَصْلٌ :

إِنَّمَا يَصِحُّ ٱلنِّكَاحُ بِإِيجَابٍ ـ وَهُوَ : زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُكَ ـ وَقَبُولٍ ؛ بِأَنْ يَقُولَ ٱلزَّوْجُ : تَزَوَّجْتُ ، أَوْ نَكَحْتُ ، أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا . . . .

قال : (**فصل :**

إنما يصح النكاح بإيجاب ـ وهو : زوجتك أو أنكحتك ـ و قبول ؛ بأن يقول الزوج : تزوجت ، أو نكحت ، أو قبلت نكاحها أو تزويجها)[١] أما اعتبار أصل الإيجاب والقبول . . فبالاتفاق كسائر العقود ، وأما خصوص هـٰذا اللفظ . . فلما سيأتي .

ولا يشترط توافق الإيجاب والقبول في اللفظ بلا خلاف ، وبهـٰذا يتم كون (أو) في كلام المصنف للتخيير[٢] .

وقول الزوج : تزوجت أو نكحت قائم مقام القبول ، ويسمىٰ قبولاً ، ونقل الوزير ابن هبيرة عن الأئمة الأربعة انعقاده بقوله : رضيت نكاحها ، قال الشيخ : ونقل ذلك يجب التوقف فيه ، والذي يظهر أنه لا يصح ، لـٰكن عبارته تفهم وجوب إضافة الضمير إليها ، فلو قال : قبلت النكاح أو التزويج . . لا يصح ، وهو الذي في « الرافعي » ، لـٰكن نص في « الأم » على الصحة ، وحكى الشيخ أبو حامد والمحاملي الاتفاق عليه ، وجميع ما ذكره المصنف بالنسبة إلىٰ صحة النكاح ، أما المسمىٰ . . فلا يلزم إلا إذا صرح به الزوج في لفظه ، فإن لم يذكره . . وجب مهر المثل ، صرح به الماوردي والروياني وابن يونس في « شرح التعجيز » .

---

(١) في هامش (ز) : (التعبير بـ« قبلت نكاحها » قال ابن النقيب : كان ينبغي أن يقول : إنكاحها ؛ ليدخل ما أوجبه الولي ، ولهـٰذا قالوا : لا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، فالإنكاح مصدر أنكح ، كما أن التزويج مصدر زوج ، وأما النكاح . . فهو اسم لمجموع العقد من إيجاب و قبول أو للوطء) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : فكان ينبغي تقديم القبول الحقيقي وهو : قبلت نكاحها أو تزويجها كما فعل « الحاوي ») .

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ ٱلزَّوْجِ عَلَى ٱلْوَلِيِّ . وَلاَ يَصِحُّ إِلاَّ بِلَفْظِ ٱلتَّزْوِيجِ أَوِ ٱلإِنْكَاحِ . وَيَصِحُّ بِٱلْعَجَمِيَّةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

قال : (ويجوز تقدم لفظ الزوج على الولي) ؛ لحصول المقصود تقدم أو تأخر ، هـٰذا فيما إذا قال : تزوجت أو نكحت ؛ لأنه أحد شقي العقد فلا فرق بينه وبين إيجاب الولي في التقديم والتأخير ، كما لو قال المشتري : اشتريت ، فقال البائع : بعت ، أما لفظ قبلت . . فلا يجوز تقديمه .

قال : (ولا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في خطبة الحج[1] : « اتقوا الله في النساء ؛ فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله »[2] وليس في القرآن والسنة كلمة مستعملة في العقد غيرهما ، ولأن النكاح نزع إلى العبادات ؛ لورود الندب فيه ، والأذكار في العبادات تتلقىٰ من الشارع ولم يرد غيرها بين اللفظتين .

وقال أبو حنيفة : ينعقد النكاح بلفظ التمليك والبيع والهبة والصدقة مع ذكر المهر ، ولا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة .

وقال مالك : ينعقد بسائر الألفاظ بشرط ذكر المهر .

وقول المصنف : (لا يصح إلا بلفظ) ليس تكراراً مع قوله : (إنما يصح بإيجاب . . .) ؛ إلىٰ آخره ؛ لأن الكلام ثَمَّ في اشتراط الصيغة ، وهنا في التعيين .

قال : (ويصح بالعجمية في الأصح) ؛ لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكتفي بترجمته عند العجز كالتكبير ، هـٰذا إذا أتىٰ بمعنىٰ لفظ التزويج أو الإنكاح ، سواء عرف العربية أم لا .

---

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) ، وابن خزيمة (٢٨٠٩) ، وابن حبان (١٤٥٧) ، وأبو داوود (١٩٠٠) ، وغيرهم .

(٢) في هامش (ز) : (وأما حديث البخاري « قد ملكتكها بما معك من القرآن » . . فرواه الجمهور : « زوجتكها » قال البيهقي : والجماعة أولىٰ بالحفظ من الواحد ، ولو صح . . فإما أن يكون قد جمع صلى الله عليه وسلم بين ذلك ، ويحتمل أن الراوي روىٰ بالمعنىٰ ظناً منه ترادفهما) .

ومراده بـ(العجمية) : غير العربية من اللغات .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه عدل عن الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فصار كما لو عدل إلى البيع والتمليك ، ويحكىٰ هـٰذا عن أحمد ، فعلىٰ هـٰذا : يصبر إلىٰ أن يتعلم أو يوكل .

والثالث : إن لم يحسن العربية . . انعقد ، وإلا . . فلا .

وفي « البسيط » وجه رابع فارق بين من يمكنه التعلم وبين غيره .

وخامس في « التجريد » لابن كج عن الشيخ أبي حامد : إن أتىٰ بلفظ صريح في ذلك اللسان . . جاز ، وإلا[1] . . فلا ، وإذا صححنا فذاك إذا فهم كل منهما كلام الآخر ، فإن لم يفهم وأخبره ثقة عن معنى اللفظ . . ففي الصحة وجهان في « الشرح » و« الروضة » من غير ترجيح ، والقياس : المنع[2] .

ويشترط علم الشهود بلغة المتعاقدين على الصحيح .

وقيل : ينعقد بمن لا يعرف لسانهما ؛ لأنه ينقله إلى الحاكم .

قال : (**لا بكناية قطعاً**) ؛ لأنه لا مطلع للشهود على النية ، ولهـٰذا لا ينعقد بها البيع المشروط فيه الإشهاد ، فإن قال : نويتُ . . فهمْ شهود علىٰ إقراره بالعقد لا علىٰ نفس العقد[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (والخلاف إذا ذكر لفظ النكاح بالعجمية ، فإن ذكره بالعربية وبقية الألفاظ بالفارسية . . صح قطعاً ، قاله في « الكافي ») .

(٢) في هامش (ز) : (وفي « الكفاية » إن أخبره فتعلم . . صح ، وإن لم يتعلم وصار بحيث لو سمعه ثانياً لعرف معناه . . فوجهان ، وقال الإمام البلقيني : الراجح البطلان كما في العجمي الذي ذكر لفظ الطلاق وأراد به معناه وهو لا يعرفه ، قال : وصورة المسألة : أنه لا يفهم معناه إلا بعد إنبائه به ، فلو قال شخص للقائل : معنىٰ هـٰذا اللفظ كذا ، فأتىٰ به بعد علمه بمدلوله . . صح إن لم يطل الفصل وكان الموجب عالماً بمدلول لفظه) .

(٣) في هامش (د) : (الكناية تارة تكون في صيغة العقد وتارة في تعيين المعقود ، فالذي قطع الأصحاب فيه بعدم الصحة هو : الكناية في الصيغة ، والذي صححنا فيه الصحة هو : الكناية في المعقود عليه) .

وَلَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ . . لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

وقوله : (قطعاً) من زيادات المصنف على « المحرر » و« الروضة » ألحقها بخطه ، وهي زيادة صحيحة لا يعترض عليها بأن في « المطلب » في (كتاب الطلاق) خلافاً ؛ فهو واهٍ لا يعتد به ، لـٰكن يشكل علىٰ ما قطعوا به من عدم الصحة ما إذا قال : زوجتك بنتي ونويا معينة . . فإنه يصح مع أن الشهود لا اطلاع لهم علىٰ ما نوياه .

ويتفرع علىٰ عدم انعقاده بالكناية : ما إذا كتب بالنكاح إلىٰ غائب أو حاضر . . فإنه لا يصح .

وقيل : يصح في الغائب ، وليس بشيء ؛ لأنه كناية .

ولو خاطب غائباً بلسانه فقال : زوجتك بنتي ، ثم كتب فبلغه الكتاب أو لم يبلغه وبلغه الخبر فقال : قبلت نكاحها . . لم يصح على الصحيح .

وإذا صححنا في المسألتين . . فشرطه القبول على الفور ، وأن يقع بحضرة شاهدي الإيجاب .

وإذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة . . لم تكف الكتابة ، بل يشترط اللفظ على المذهب ، وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح .

قال : (**ولو قال : زوجتك ، فقال : قبلت . . لم ينعقد على المذهب**)[1] ؛ لأنه لم يوجد منه التصريح بواحد من لفظي النكاح والتزويج ، والنكاح لا ينعقد بالكنايات .

والثاني : يصح ؛ لأن القبول ينصرف إلىٰ ما أوجبه الولي فكان كالمعاد لفظاً ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

وقيل : يصح قطعاً ، وقيل : لا يصح قطعاً .

---

(١) في هامش (ز) : (قالوا في نظيره من البيع : ينعقد ويكون صريحاً ، والفرق مشكل بأن المقدر إن كان كالملفوظ . . فيلزم الانعقاد في النكاح ، وإلا . . فلا يكون صريحاً في البيع .
أقول : يختار الأول .
قوله : « فيلزم . . . إلخ » ممنوع ؛ لأن النكاح نزع عرفاً من العبادة ، فلا بد من التلفظ بما ورد به الشارع ، وهو التلفظ به) .

وَلَوْ قَالَ : زَوِّجْنِي ، فَقَالَ : زَوَّجْتُكَ ، أَوْ قَالَ ٱلْوَلِيُّ : تَزَوَّجْهَا ، فَقَالَ : تَزَوَّجْتُ . . صَحَّ . وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ ، . . . .

ولو قال : قبلت النكاح أو قبلتها . . فخلاف مرتب وأولىٰ بالصحة .

قال : (**ولو قال : زوجني ، فقال : زوجتك ، أو قال الولي : تزوجها ، فقال : تزوجت . . صح**) ؛ لوجود الاستدعاء الجازم .

وفي « الصحيحين » عن سهل بن سعد : أن الأعرابي الذي خطب الواهبة قال للنبي صلى الله عليه وسلم : زوجنيها ، فقال : « زوجتكها » ولم ينقل أنه قال بعد ذلك : قبلت ، وهـٰذا ظاهر المذهب ، وقيل : فيه الخلاف في البيع .

وتشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول علىٰ ما سبق في البيع ، فلا يضر الفصل اليسير ، ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول .

وإذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين . . فلا بد من إصراره عليه حتىٰ يوجد الشق الآخر ، فلو رجع عنه . . لغا العقد .

وكذا لو أوجب ثم جن أو أغمي عليه . . لغا إيجابه وامتنع القبول .

وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها ثم أغمي عليها قبل العقد . . بطل إذنها .

ويشترط وقوعه على الجزم ، فلو كان هازلاً . . فوجهان : رجح الغزالي و« الحاوي الصغير » عدم الصحة ، والأصح في « الروضة » : الانعقاد ؛ لحديث[1] : « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد »[2] .

ويشترط في كل من الزوجين أن يكون معيناً .

قال : (**ولا يصح تعليقه**) مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر . . فقد زوجتك ؛

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/١٩٨) ، وأبو داوود (٢١٨٨) ، والترمذي (١١٨٤) ، وابن ماجه (٢٠٣٩) ، وغيرهم .

(٢) في هامش (ت) : (تمام الحديث : « النكاح والطلاق والرجعة » كما سيأتي في « باب الطلاق ») .

وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ فَقَالَ : إِنْ كَانَ أُنْثىٰ . . فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا ، أَوْ قَالَ : إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طَلُقَتْ وَٱعْتَدَّتْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلاَنُهُ . وَلاَ تَوْقِيتُهُ ، . . . .

لأن البيع والمعاوضات لا تقبل التعليقات ، فالنكاح مع اختصاصه بوجه الاحتياط أولىٰ .

ولو قال : زوجتك إن شاء الله . . فأطلق في « التلخيص » البطلان ، ولا تبعد الصحة إذا أراد التبرك .

قال : (**ولو بشر بولد فقال : إن كان أنثىٰ . . فقد زوجتكها ، أو قال : إن كانت بنتي طلقت واعتدت فقد زوجتكها . . فالمذهب : بطلانه**) ولو وافق ذلك الواقع في نفس الأمر ؛ لفساد الصيغة .

وقيل : وجهان كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

قال البغوي : ولو بشر ببنت فقال : إن صدق المخبر فقد زوجتكها . . صح ، ولا يكون ذلك تعليقاً ، بل هو تحقيق كقوله : إن كنت زوجتي . . فأنت طالق ، وتكون (إن) بمعنىٰ (إذ) ، قال : وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن ، فقال لرجل : إن صدق المخبر فقد تزوجت بنتك ، فقال ذلك الرجل : زوجتكها . . صح .

قال الرافعي : وهٰذا الذي قاله البغوي يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر ، وإلا . . فلفظ (إن) للتعليق ، وقال الشيخ : هو تعليق تيقن صدقه أم لا لصورة التعليق .

قال : (**ولا توقيته**) سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة ، وهو نكاح المتعة ، سمي به لأن الغرض منه مجرد التمتع دون التوالد وسائر أغراض النكاح ، وكان ذلك جائزاً في ابتداء الإسلام لمن اضطر إليها كأكل الميتة ، ثم حرمت عام خيبر ، ثم رخص فيها عام الفتح ، وقيل : عام حجة الوداع ، ثم حرمت إلىٰ يوم القيامة .

وفي « الصحيحين » [خ٥١١٥ـ م١٤٠٦/٢١] : أن النبي صلى الله عليه وسلم : « قال كنت قد أذنت في الاستمتاع بهٰذه النسوة ، ألا وإن الله قد حرم ذلك إلىٰ يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء . . فليخل سبيلها ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » .

قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعلم شيئاً حل ثم حرم ثم حل ثم حرم إلا المتعة .

وقال الحافظ المنذري : نكاح المتعة نسخ مرتين ، ونسخت القبلة مرتين ، وحرم لحوم الحمر الأهلية مرتين .

فإذا وطيء في نكاح المتعة جاهلاً بفساده . . فلا حد ، وإن علم . . فلا حد أيضاً على المذهب وحيث لا حد يجب المهر والعدة ويثبت النسب .

ولو قال : نكحتها متعة ، ولم يزد علىٰ ذلك . . فوجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : البطلان .

قال : (**ولا نكاح الشغار**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٥١١٢ـ م ١٤١٥] وغيرهما عن عبد الله بن عمر : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن نكاح الشغار) .

والشغار : أن يزوج الرجل ابنته علىٰ أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ، وفي رواية : « وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرىٰ »[(١)] .

قال الأئمة : وهٰذا التفسير يجوز أن يكون مرفوعاً ، ويجوز أن يكون من عند ابن عمر رضي الله عنهما ، وهو أعلم بتفسير الحديث من غيره[(٢)] .

واختلفوا في علة البطلان ، والمشهور : أنه التشريك في البضع ؛ لأنه جعله مورد العقد وصداقاً فأشبه تزويجها من رجلين ، وقيل : لخلوه عن المهر .

وعول الإمام على الخبر ، وضعف المعنيين المذكورين .

وهو بكسر الشين وبالغين المعجمتين ، سمي به من قولهم : شغر البلد عن السلطان إذا خلا ؛ لخلوه عن المهر ، ويقال : لخلوه عن بعض الشرائط .

وقيل : من قولهم : شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ؛ لأن كل واحد منهما كأنه يقول : لا ترفع رجل ابنتي ما لم أرفع رجل ابنتك .

---

(١) انظر «تلخيص الحبير» (٣/ ١٥٣) .

(٢) في هامش (ز) : (لٰكن في « الصحيحين » [خ ٦٩٦٠ـ م ١٤١٥/٥٨] روايته من قول نافع ، وصوب الخطيب أنه من قول مالك ، والظاهر اتفاق الكل عليه) .

وَهُوَ : زَوَّجْتُكَهَا عَلَىٰ أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقٌ لِلأُخْرَىٰ فَيَقْبَلُ ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلِ ٱلْبُضْعَ صَدَاقاً . . فَٱلأَصَحُّ : ٱلصِّحَّةُ ، ولَوْ سَمَّيَا مَالاً مَعَ جَعْلِ ٱلْبُضْعِ صَدَاقاً . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . ولاَ يَصِحُّ إِلاَّ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ ، . . . .

قال : (**وهو : زوجتكها علىٰ أن تزوجني بنتك وبضع كل واحدة صداق للأخرىٰ فيقبل**)[1] ؛ لما تقدم في حديث ابن عمر .

ومثله أن يقول : زوجتك بنتي وتزوجت بنتك أو أختك علىٰ أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للأخرىٰ ، فيقول المخاطب : تزوجت علىٰ ما ذكرت .

قال : (**فإن لم يجعل البضع صداقاً . . فالأصح : الصحة**) ؛ لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد ، وذلك لا يفسد النكاح ، فعلىٰ هـٰذا : يصح النكاحان ولكل واحدة مهر المثل .

والثاني : لا يصح ؛ لمعنى التعليق والتوقف .

وخص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة : زوجتك بنتي علىٰ أن تزوجني بنتك ، فيقبل الآخر ولم يذكر مهراً ، فأما إذا قال : زوجتك بنتي بألف علىٰ أن تزوجني بنتك . . فهـٰذه يقطع فيها بالصحة ، وضعفه الرافعي بأن هـٰذا التفسير حاصل وإن ذكر المهر .

قال : (**ولو سميا مالاً مع جعل البضع صداقاً . . بطل في الأصح**) سواء سميا لهما أم لأحدهما ؛ لقيام معنى التشريك ، وهـٰذا منصوص « الأم » .

والثاني : يصح ، وهو ظاهر نص « المختصر » ؛ لأنه ليس علىٰ تفسير صورة الشغار لعدم خلوه عن المهر ، وكان ينبغي التعبير بـ(الأظهر) ؛ فإن الخلاف قولان منصوصان .

قال : (**ولا يصح إلا بحضرة شاهدين**)[2] سواء كانت الزوجة مسلمة أو ذمية ؛ لما

---

(١) في هامش (ز) : (وكلامه يقتضي حصر الشغار فيما ذكره بشرط أن يزوجه موليته ، لـٰكن في « شرح المختصر » لابن داوود : أن من الشغار أن يقول : زوجتك بنتي علىٰ أن تزوج ابني بنتك) .

(٢) في هامش (ز) : (عبر بالحضور ؛ ليفهم عدم الفرق بين الحضور قصداً أو اتفاقاً) .

وَشَرْطُهُمَا : حُرِّيَّةٌ ، وَذُكُورَةٌ ، . . . .

روى الحسن مرسلاً[1] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، وفي رواية : « وما كان من نكاح على غير ذلك . . فهو باطل ، فإن تشاجروا . . فالسلطان ولي من لا ولي له » رواها ابن حبان عن عائشة [٤٠٧٥] .

ولا يصح ذكر الشاهدين إلا فيه[2] ، وكذا قال ابن حزم ، واعتمد الشافعي رضي الله عنه على المرسل هنا ؛ لاعتضاده بعمل أكثر أهل العلم ، والمعنىٰ فيه الاحتياط للأبضاع ؛ لئلا تضيع بالجحود .

ولا يشترط عندنا الإعلان ، بل يستحب ، وأن يحضره جمع من الصالحين زيادة على الشاهدين ، واشترط مالك : الإعلان وترك التواصي بالكتمان دون الشهادة ، واشترط ابن حزم : إما الإعلان أو الإشهاد .

قال : (**وشرطهما : حرية**) فلا تنعقد بحضور عبدين ؛ لأنه لا يثبت بهما عند الجحود .

قال : (**وذكورة**) فلا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين ولا بأربع نسوة .

وقال أبو حنيفة وأحمد : ينعقد بشهادة رجل وامرأتين .

لنا : ما روىٰ أبو عبيدة في « كتاب الأموال » عن الزهري قال : مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق .

والخنثىٰ كالمرأة ، لـٰكن لو عقد بشهادة خنثيين ثم بانا رجلين . . فالأصح في زوائد « الروضة » : الصحة ، بخلاف نظيره من الصلاة ؛ للتردد في النية ، ويشكل علىٰ هـٰذا ما قاله ابن الرفعة : إنه لو عقد علىٰ مشكل أو له ثم بان أن له ذلك . . لم يصح ؛ لأن الشرط في النكاح تحقق الشروط حالة العقد كما قاله في « الروضة » في (باب الربا)[3] .

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ١٢٦) .

(٢) في هامش (ز) : (قوله : « ولا يصح . . . » ذكر من كلام ابن حبان نقله عنه الزركشي) .

(٣) في هامش (ز) : (ذكر الشارح بعد قوله : « ويستحب الإشهاد علىٰ رضا المرأة » : أن =

وَعَدَالَةٌ ، وَسَمْعٌ ، وَبَصَرٌ ، وَفِي ٱلْأَعْمَىٰ وَجْهٌ . . . .

قال : (**وعدالة**) فلا ينعقد بحضور الفاسقين خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « وشاهدي عدل » ، وأيضاً : فإن النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقين . . فلا ينعقد بشهادتهما[1] .

قال : (**وسمع ، وبصر**) كسائر الشهادات التي تتعلق بالسمع والبصر .

قال : (**وفي الأعمىٰ وجه**) ؛ لأنه أهل للشهادة في الجملة ، وهٰذا الوجه حكاه في « البحر » عن النص ، فكان ينبغي أن يقول : وفي قول .

واشترط في « المحرر » : الإسلام والتكليف ، فاكتفى المصنف عنهما بالعدالة ، وأهمل المصنف تبعاً لـ« المحرر » شروطاً :

منها : النطق ، فلا ينعقد بالأخرس على الأصح .

ومنها : الرشد ، فلا ينعقد بالمحجور عليه بسفه .

ومنها : الضبط ، فمن لا يضبط لغفلة أو نسيان . . لا يقبل وإن كان عدلاً .

ومنها : معرفة لسان المتعاقدين ، فلا ينعقد بحضرة من لا يعرف لسانهما على الأصح كما تقدم .

وفي انعقاده بشهادة المحرم وجهان : أصحهما : الانعقاد ، لٰكن الأولىٰ أن لا يحضر ، قاله الرافعي في (سوالب الولاية) .

ومنها : أن لا يكون متعيناً للولاية ، فالولي المعين كالأب والجد والأخ المنفرد لو وكل غيره في الإيجاب ثم حضر شاهداً مع آخر . . لم يصح ولو اجتمعت فيه جميع الشروط .

فإن قيل : ما الفرق بين تحمل الشهادة في النكاح وبين سائر الشهادات حيث لا تعتبر فيها الصفات المعتبرة إلا حال أداء الشهادة؟ فالجواب : أن سائر التحملات ليست بواجبة ، بخلاف التحمل هنا ؛ فإنه لما كان واجباً . . أشبه حالة الأداء في غيره .

= الشهادة ركن) .

(١) في هامش (ز) : (ولا يرد على المصنف انعقاده بالمستور ؛ لأنه عدل ظاهراً) .

وَٱلْأَصَحُّ : ٱنْعِقَادُهُ بِٱبْنَيِ ٱلزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا . وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورَيِ ٱلْعَدَالَةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، ....

قال : (**والأصح : انعقاده بابني الزوجين وعدويهما**) ؛ لأنهما أهل للشهادة في الجملة .

والثاني : لا يصح ؛ لتعذر إثباته بشهادتهما ، واختاره الغزالي .

والثالث : ينعقد بعدوي أحدهما دون عدويهما ، واختاره العراقيون[١] .

والرابع : إن كان عدواً أو ابناً من طرف.. صح ، أو من الطرفين.. فلا ، ولا يختص بمن ذكره[٢] ، بل الجدان كذلك ، فلو حضر ابنا الزوج وابنا الزوجة.. قال الإمام : انعقد بإجماع الأصحاب ، وقال ابن الرفعة : في النفس منه شيء ، وفيه وجه في « التتمة » وهو يقوي توقف ابن الرفعة .

فرع :

ذمية أبوها مسلم ورقيقة أبوها حر يجوز للأب أن يكون شاهداً فيهما لا ولياً .

قال : (**وينعقد بمستوري العدالة على الصحيح**) ؛ لأنها تعرف بالاجتهاد ، والنكاح يجري بين أوساط الناس والعوام ، فلو كلفوا بالعدالة الباطنة.. لطال الأمر وشق ، بخلاف الحكم حيث لا يجوز بشهادة المستورين ؛ لأنه تسهل على الحاكم مراجعة المزكين ، والمراد : من عرف بها ظاهراً لا باطناً ، أو من يجهل حاله[٣] .

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « واختاره العراقيون » : ذكره الزركشي في الوجه الرابع ، والذي في « الروضة » كما في « الدميري ») .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (الذي في « الشرح الكبير » : واختار بعض المتأخرين وجهاً رابعاً ذكره في « الوسيط » : وهو أنه ينعقد بابني المرأة وعدوي الزوج ؛ لأن الزوج يقدر على الإثبات بشهادتهما ، ولا ينعقد بابني الزوج وعدوي المرأة ؛ لأنه لا يقدر عليه ، والمرأة لا تحتاج إلى الشهادة لإثبات الحل ؛ فإنه يندفع بإنكار الزوج .

نعم ؛ قد تحتاج لإثبات المهر والنفقة لكن المقصود الأصلي من النكاح الحل ، والشهادة إنما شرطت لإثباته . اهـ فليتأمل هـٰذا مع ما ذكره الشارح) .

(٣) في هامش (ز) : (عبارة « الشرح الكبير » : وربما قيل : المستور من يجهل حاله في الفسق=

. . . .

والثاني : المنع ؛ لأن النكاح في حكم أداء الشهادة فلا بد من تحقق الشرط ، قال[1] الإمام في « الأساليب » : وهو الوجه .

هـٰذا إذا كان العاقد غير حاكم ، فإن كان حاكماً . . لم يكف المستور ؛ لسهولة البحث عليه ، وهي طريقة في المذهب ، جزم بها ابن الصلاح ، والمصنف في « نكت التنبيه » ، والشيخ ؛ لأن فعل الحاكم ينبغي أن يصان عن النقض ، ولأنه نائب الشرع في الأقوال والأفعال ، وأيضاً الحكم بالصحة لا يجوز بشاهدين مستورين .

وصحح المتولي : أن الحاكم كغيره ، وينبغي أن يتخرج ذلك علىٰ أن فعل الحاكم هل هو حكم أو لا؟ ومحل الخلاف في الانعقاد بالمستورين في الظاهر ، وجواز الإقدام عليه ، أما في الباطن . . فلا ينعقد إلا بعدلين على الصحيح ، فليحترز من ذلك .

فرع :

تستحب استتابة المستورين قبل العقد احتياطاً ، وكذا استتابة الولي المستور .

= والعدالة ويشبه أن لا يكون بينهما اختلاف ، وأن يكون المراد من العبارة الثانية : من يجهل حاله في الفسق والعدالة الباطنة دون العدالة الظاهرة .

بعد ذلك اقتضىٰ كلامه الاكتفاء بمجهول الحال في الظاهر أيضاً ، ونص عليه الشافعي أيضاً كما حكاه صاحب « البحر » ، وقال في « المهمات » : إنه الصواب . وتحصل في تفسير المستور أوجه :

أحدها : أنه من عرفت عدالته ظاهراً لا باطناً ، وهو الذي يدل عليه كلام الرافعي أولاً ، وقال النووي : إنه الحق .

[الثاني] : أنه من علم إخلاصه ولم يعلم فسقه ، وهو الذي بحثه الرافعي واقتضاه كلامه أخيراً ، وحكاه الروياني عن البعض ، وصوبه في « المهمات » ، وقال السبكي : إنه الذي يظهر من كلام الأكثرين ترجيحه .

[الثالث] : أنه من عرفت عدالته باطناً في الماضي وشك فيها وقت العقد فنستصحبه ، وصححه السبكي) .

(1) في (م) : (قاله الإمام) .

لاَ مَسْتُورِ ٱلإِسْلاَمِ وَٱلْحُرِّيَّةِ . وَلَوْ بَانَ فِسْقُ ٱلشَّاهِدِ عِنْدَ ٱلْعَقْدِ . . فَبَاطِلٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ بِبَيِّنَةٍ . . . .

قال : (**لا مستور الإسلام والحرية**) كما إذا كان في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأرقاء بالأحرار ولا غالب ، والفرق : سهولة الاطلاع عليهما بخلاف العدالة والفسق ، وعن الشيخ أبي محمد تردد في مستور الحرية .

وجزم القاضي أبوالطيب في أوائل (الأقضية) بالانعقاد بمستور الإسلام ، وهو ظاهر إطلاق « التنبيه » حيث قال بجواز الانعقاد بشهادة مجهولين ، وظن ابن الرفعة تفرده به فأوله ، وليس كذلك[1] .

قال : (**ولو بان فسق الشاهد عند العقد . . فباطل على المذهب**) ؛ لأنا إنما حكمنا بصحته في الظاهر ، فإذا تحقق فواته . . بطل كما لو بان كافراً أو عبداً ، وقيل : قولان : أصحهما : هـٰذا .

والثاني : لا يبطل اكتفاء بالستر يومئذ ، ولم يرجح الرافعي شيئاً من الطريقين ، بل رجح البطلان من حيث الجملة .

واحترز بقوله : (**عند العقد**) عما إذا تبين قبله . . فلا يضر ، وينبغي تقييده بزمن يتأتىٰ فيه الاستبراء المعتبر ، وإلا . . فهو كتبينه حالة العقد ، وعما إذا تبين في الحال ولم يعلم قدمه ولا حدوثه . . فلا يحكم بفساده ؛ لجواز حدوث الفسق كما صرح به الماوردي .

والمراد بـ(البطلان) : تبيّنُ البطلان كما عبر به في « المحرر » ، لا أنه بطل بعد الصحة .

قال : (**وإنما يتبين**) أي : الفسق (**ببينة**) ؛ لأنها حجة شرعية ولا تحتاج هـٰذه البينة إلى استفسار في المستور ، وأما في العدل الظاهر . . فلا بد من الاستفسار .

---

(١) في هامش (ز) : (وقضية إطلاق المصنف : أنه لا فرق في عدم الانعقاد بين أن يتبين وجود الأهلية حالة العقد أو لا ، لـٰكنه صحح في الخنثىٰ تتبين ذكورته الصحة ، وهـٰذا أولىٰ ؛ لأن الخنوثة لا تخفىٰ غالباً) .

قال : (**أو اتفاق الزوجين**) علىٰ أنهما كانا فاسقين ، سواء قالا : لم نعلمه إلا بعد العقد ، أو كنا نعلمه ونسيناه[1] عند العقد ، فأما لو قالا : علمنا فسقهما حينئذ أو علمه أحدهما . . فقال الإمام : يتبين البطلان بلا خلاف ؛ لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين وعليهما التعويل .

ومثله لو اعترفا بوقوع العقد في إحرام أو عدة أو ردة أو بولي فاسق . . فإنا نتبين بطلانه ، ولا مهر إلا إذا كان دخل بها فيجب مهر المثل ، فلو نكحها بعد ذلك . . ملك ثلاث طلقات .

ولو قالت المرأة : وقع العقد بلا ولي ولا شهود ، وقال الزوج : بل بهما . . نقل ابن الرفعة عن « الذخائر » : أن القول قولها ؛ لأن ذلك إنكار لأصل العقد ، قال : وكان ينبغي تخريجه علىٰ دعوى الصحة والفساد إلا أن يقال : إنكارها الولي إنكار العقد بالكلية ، والحق ما قاله في « الذخائر » ، وهو المنصوص في « الأم » في (باب الدعوىٰ في الشر والهبة) .

ومقتضىٰ حصر المصنف : أنه لا يثبت بعلم القاضي ، وليس كذلك ، فسيأتي في (الأقضية) أن القاضي يقضي فيه بعلمه على المذهب[2] .

قال الشيخ : وينبغي أن يحمل ما أطلقه الأصحاب في تصادقهما علىٰ ما إذا كانا رشيدين ؛ لأن الزوجة إذا كانت سفيهة . . فإقرارها بذلك يقتضي إسقاط المهر فلا تسمع .

---

(١) في هامش (ز) : (قضيته : أنه لا فرق بين أن يسبق إقرار منهما بعدالتهما عند العقد ، وحكم بصحته أم لا ، قال الماوردي : إذا أقرا عند الحاكم بعقده بعدلين . . حكم عليهما بصحته بإقرارهما ، فلو تناكراه بعد وادعىٰ أحدهما سفه الولي وفسق الشاهدين . . ألزمه صحة النكاح بسابق إقراره ، ولم يؤثر فيه حدوث إنكاره) .

(٢) في هامش (ز) : (وقد صرح به هنا في زوائد « الروضة » ، وجزم به في « التجريد » و« البيان » وغيره ، لـٰكنه صوره بالترافع ، ويشبه أنه لافرق ، فإذا علم عقده بفاسقين . . لزمه أن يفرق بينهما ، سواء ترافعا إليه أم لا) .

وَلاَ أَثَرَ لِقَوْلِ ٱلشَّاهِدَيْنِ : كُنَّا فَاسِقَيْنِ . وَلَوِ ٱعْتَرَفَ بِهِ ٱلزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ . . فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، . . . .

تنبيه :

محل ما تقدم إذا لم يتعلق به حق لله تعالىٰ ، فلو كان طلقها ثلاثاً ثم توافقا علىٰ فساد النكاح بهـٰذا السبب أو غيره . . فلا يجوز أن يوقعا نكاحاً جديداً من غير تحليل ؛ لمكان التهمة[1] ، ولأنه حق لله تعالىٰ فلا يسقط بقولهما ، قاله الخوارزمي ، وهو حسن .

قال : (**ولا أثر لقول الشاهدين : كنَّا فاسقين**)[2] ؛ كما لا أثر لقولهما ذلك بعد الحكم بشهادتهما ، ولأنهما مقران علىٰ غيرهما ، ونفي المصنف التأثير مطلقاً ممنوع ؛ فقد يظهر تأثيره فيما إذا حضرا عقد أختهما ونحوها ثم قالا ذلك وماتت وهما وارثاها . . فيؤثر قولهما في سقوط المهر قبل الدخول ، وفي فساد المسمىٰ بعده .

قال : (**ولو اعترف به الزوج وأنكرت . . فرق بينهما**) ؛ مؤاخذة له بقوله ، وهي على الصحيح فرقة فسخ ، لا ينقص بها عدد الطلاق كما لو أقر الزوج بالرضاع .

وقيل : فرقة طلاق بائن كما لو تزوج أمة ثم قال : كنت حال العقد واجداً طَول حرة[3] .

واحترز بـ(اعتراف الزوج) عما إذا اعترفت به الزوجة وأنكر ؛ فإنه لا يفرق بينهما على الأصح[4] ، وهو أحسن من قول « الحاوي » : أحد الزوجين ، فعلى الصحيح : لو مات . . لم ترثه ، وإن ماتت أو طلقها قبل الدخول . . فلا مهر ؛ لإنكارها ، وبعد الدخول . . لها أقل الأمرين من المسمىٰ ومهر المثل ، وما ذكره[5] من أنه لا مهر لها

---

(١) في هامش (ز) : (وهـٰذا في الظاهر ، أما في الباطن . . فالنظر لما في نفس الأمر) .

(٢) في هامش (ز) : (ولو أقاما عليه بينة . . لم تسمع) .

(٣) في هامش (ز) : (قلت : والفرق أن الإشهاد معتبر بالنسبة إليهما جمعاً ، فله قوة وتأثير ، بخلاف نكاح الأمة ، فإن عدم وجدان طول الحرة إنما هو بالنسبة إليه فقط) .

(٤) في هامش (ز) : (أي : يصدق بيمينه ، فإن نكل وحلفت . . فرق بينهما) .

(٥) في هامش (ت) و(ز) و(د) : (يعني : المصنف في زوائد « الروضة ») .

وَعَلَيْهِ نِصْفُ ٱلْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَإِلاَّ . . فَكُلُّهُ . وَيُسْتَحَبُّ ٱلإِشْهَادُ عَلَىٰ رِضَا ٱلْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا ، وَلاَ يُشْتَرَطُ . . . .

قبل الدخول . . هو فيما إذا لم يعطها الزوج ذلك ، فإن أعطاها . . لم يكن له استرداده كما قرره الرافعي في نظيره من (كتاب الرجعة) .

قال : (**وعليه نصف المهر إن لم يدخل بها ، وإلا . . فكلُّه**) ؛ لأنه لا يقبل قوله فيه[1] .

وحكىٰ في « الروضة » وجهاً عن العراقيين : أنه يقبل قوله في المهر ، فلا يلزمه قبل الدخول شيء ، وبعده أقل الأمرين من المسمىٰ ومهر المثل ، ولا خلاف أنه إذا مات لا يرثها .

قال : (**ويستحب الإشهاد علىٰ رضا المرأة حيث يعتبر رضاها**)[2] ؛ احتياطاً ، ومراده بـ(الرضا) الإذن .

قال : (**ولا يشترط**) ؛ لأن رضاها ليس من نفس النكاح ، وإنما هو شرطه ، وليس كالشهادة في النكاح ؛ فتلك ركن فيه لا يصح إلا بها .

وقال الشيخ عز الدين : ليس للحاكم أن يزوج امرأة حتىٰ يثبت عنده إذنها ، فلو أخبره واحد فزوجها به معتمداً عليه . . لم يصح ، وإن ثبت من بعدُ أنها كانت أذنت[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (ينبغي فيما إذا دخل بها وكان مهر المثل أزيد من المسمىٰ أن لاتجب لها الزيادة ، لٰكنها منكرة لها فيتخرج فيه الخلاف فيمن أقر لشخص بشيء وهو ينكره . قلته بحثاً) .

(٢) في هامش (ز) : (قضيته : أنه لايستحب إذا لم يعتبر ؛ كالأب يزوج البكر البالغ ، والقياس : استحبابه أيضاً ؛ خروجاً من خلاف من يعتبر رضاها ، وكذلك قال البلقيني : لوكان المزوج الحاكم أو نائبه الذي . . أفتيت به : أنه لابد من ظهور إذنها له إما بمشافهة وإما بشهادة ، وإما بإخبار حاكم ونحو ذلك ، فأما إذا لم يظهر له ذلك بطريق شرعي . . فيكون عقده باطلاً ؛ لأمور يطول شرحها ، وقال في الولي الخاص : لايجوز له الإقدام عليه تهوراً ، بل لابد من ظنه ذلك ولو بإخبار واحد) .

(٣) في هامش (ز) : (وفيه نظر ؛ لأنا إذا جعلنا تصرف الحاكم حكماً . . فالحكم بالصحة مستند=

فَصْلٌ :

لاَ تُزَوِّجُ ٱمْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ ، وَلاَ غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ ، وَلاَ تَقْبَلُ نِكَاحاً لِأَحَدٍ . . . .

وأفتى البغوي بأن رجلاً لو قال للحاكم : أذنت لك فلانة في تزويجها مني ، فإن وقع في نفسه صدقه . . جاز تزويجها به ، وإلا . . فلا ، ولا يعتمد تحليفه[1] .

تتمة :

من مسائل الفصل : أنه لا يشترط إحضار الشاهدين ، بل إذا حضرا بأنفسهما وسمعا الإيجاب والقبول . . صح ، وإن لم يسمعا الصداق .

قال : (**فصل :**

لا تزوج امرأة نفسها بإذن ، ولا غيرها بوكالة ، ولا تقبل نكاحاً لأحد) .

المرأة عندنا لا عبارة لها في النكاح إيجاباً ولا قبولاً ، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بدون إذنه ، ولا غيرها لا بولاية ولا بوكالة ، ولا تقبل النكاح لا بولاية ولا بوكالة ، ولا فرق بين الشريفة والدنيئة .

وقال أبو حنيفة : تزوج البالغة العاقلة الحرة نفسها وابنتها الصغيرة ، وتتوكل عن الغير ، لكن لو وضعت نفسها تحت من لا يكافئها . . فلأوليائها الاعتراض .

وقال مالك : الدنيئة تزوج نفسها دون الشريفة .

لنا : قوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه : هي أصرح آية في اعتبار الولي ، وإلا . . لما كان لعَضْله معنىً[2] .

= إلى البينة أو الإقرار ، والإخبار ليس بواحد منهما) .

(١) في هامش (ز) : (وقال القاضي حسين في « فتاويه » : لو جاء رجل وقال : وكلني فلان في تزويج ابنته ، فزوج بحضرة شاهدين . . صح ، ونحكم بالصحة ، ولاتجب إقامة البينة علىٰ أن لفلان بنتاً ، ولا علىٰ أنه وكيل ، وهو يفهم صحة النكاح ، والحكم بصحته إذا احتاج الأمر إلى الثبوت ، ولا تشترط إقامة البينة بذلك ، وهو يؤيد كلام البغوي ، ولا يخلو من إشكال) .

(٢) في هامش (ز) : (بل لعضله معنىً وهو : إذنه لها لتزوج نفسها ، إلا أن سبب النزول يزيل ذلك) .

. . . .

وسبب نزولها : أن معقل بن يسار زوج أخته ، فطلقها زوجها طلقة رجعية ، وتركها حتى انقضت عدتها ، ثم رام رجعتها فحلف أن لا يزوجها ، قال : (ففيَّ نزلت هـٰذه الآية) رواه البخاري [٥١٣٠] ، زاد أبو داوود [٢٠٨٠] : (فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه) فلو كان لها تزويج نفسها.. لم يعاتب أخاها على الامتناع ولا أمر بالحنث .

وقيل : إن الضمير راجع إلى الأزواج ، واختاره الإمام فخر الدين في « تفسيره » وسبب النزول يرد عليه ، وقوله تعالىٰ : ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ وقوله : ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٠٧٦] و« الترمذي » [١١٠٢] و« ابن حبان » [٤٠٧٤] و« الحاكم » [١٦٨/٢] عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها.. فنكاحها باطل ثلاثاً ، فإن دخل بها.. فلها المهر بما أصاب منها » وفي رواية : « بما استحل من فرجها » .

وأما حديث : « لا نكاح إلا بولي ».. فصححه أحمد وابن معين [مع ٨٦/٣] والترمذي [٤٠٧/٣] وابن حبان [٤٠٧٥] والحاكم [١٦٩/٢] وغيرهم .

قال ابن العربي وصح عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تخطب وتقرر المهر ثم تقول : (اعقدوا ؛ فإن المرأة لا تلي عقدة النكاح)[1] .

واستدل المخالف بأن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمـٰن ، وهو محمول علىٰ أنها شهدت أسباب تزويجها ، ثم أشارت علىٰ من ولي أمرها عند غيبة أبيها .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : ما إذا وكل رجل امرأة في أن توكل رجلاً في أن يزوج وليته.. فإنه يصح على النص ، وكذا لو قال : وكلي عني من يزوجك أو أطلق في الأصح عند المصنف ، واختار الشيخ وفاقاً للمزني والقاضي حسين المنع في الصورتين .

---

(١) أخرجه الشافعي في « المسند » (١/ ٢٩١) .

. . . .

والخنثىٰ في جميع ذلك كالأنثىٰ ، فلو زوج الخنثىٰ أخته ثم بان رجلاً . . صح كما جزم به ابن المسلم في « كتاب الخناثىٰ » ، وهو قياس ما سبق في الشاهدين .

فرعان :

أحدهما : كانت المرأة في موضع لا حاكم فيه وليس لها ولي . . فقيل : تزوج نفسها للضرورة ، واختار المصنف أنها ترد أمرها إلىٰ عدل وإن لم يكن مجتهداً ، وهو ظاهر النص الذي نقله يونس بن عبد الأعلىٰ .

وقال صاحب « المهذب » : تحكِّم فقيهاً مجتهداً ، وصححه المصنف ؛ بناء علىٰ جواز التحكيم في النكاح(١) ، سواء كان هناك حاكم أم لا ، وسواء في ذلك السفر والحضر ، وعلىٰ كل تقدير : ليس قولاً في تجويز النكاح بلا ولي .

قال الشيخ : والذي رواه يونس ينبغي أن يُتوقف فيه حتىٰ يتحقق وروده عنه ؛ فقد روى الدارقطني [٣/ ٢٢٥] والشافعي [شم ١/ ٢٩٠] : أن رفقة جمعتهم الطريق فيهم امرأة ، فولت أمرها رجلاً فزوجها . . فجلد عمر رضي الله عنه الناكح والمنكح .

الثاني : لا يشترط في العاقد علمه بجهة الولاية ، فلو أذنت لحاكم في تزويجها من كفء ، فزوجها ظاناً أن لا ولي لها غير الحاكم ، فبانت ابنته أو أخته . . صح ، وكذا

---

(١) في هامش (ز) : (قال النووي : التحكيم صحيح ؛ بناء على الأظهر في جوازه في النكاح ، لـٰكن يشترط في المحكَّم كونه صالحاً للقضاء ، وهـٰذا يعسر في مثل هـٰذا الحال ، فالذي نختاره : صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً ، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس وهو ثقة . اهـ

قال في « المهمات » : فالصحيح جوازه سفراً وحضراً مع وجود القاضي ودونه ؛ لأنه الصحيح في التحكيم كما هو مذكور في القضاء ، وسواء كان السفر طويلاً أم قصيراً .

قلت : ومراده ما إذا كان المحكَّم صالحاً للقضاء ، فأما هـٰذا الذي اختاره النووي . . فشرطه السفر وفقد القاضي ، وصحح السبكي إنكار رواية يونس ، وأنها لا تزوج عند فقد الحاكم ، ويدل له ما رواه البيهقي في « المبسوط » عن الشافعي أنه قال : وإن ولت امرأة ثيب نفسها رجلاً . . فليس له أن يزوجها ، وإن زوجها فرفع ذلك إلى السلطان . . فعليه أن يفسخه ، وسواء طال أو قصر ، وجاء الولد أم لم يأت) .

لو وكل زيد عمراً في تزويج هـٰذه فقال : هي موليتي ، فزوجها عمرو ظاناً ذلك ثم بان أنها ابنة عمرو أو أخته . . صح .

قال : (**والوطء في نكاح بلا ولي يوجب مهر المثل**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق : « فإن دخل بها . . فلها المهر » .

وشملت عبارته : الوطء في القبل والدبر ؛ لأن كلاً منهما يقرر المهر .

واقتصاره علىٰ (مهر المثل) يفهم : أنه لا يلزم معه أرش البكارة لو كانت بكراً ، وهو كذلك كما صرح به في « شرح المهذب » في الكلام على البيع الفاسد ؛ فإنه نقل ذلك عن النص والأصحاب ، وفرق بينه وبين البيع الفاسد بأن إتلاف البكارة مأذون فيه في النكاح الفاسد كما في النكاح الصحيح ، بخلاف البيع الفاسد ؛ فإنه لا يلزم منه الوطء ، لـٰكن ينبغي أن يستثنىٰ : ما إذا كان المتناكحان محجوراً عليهما بالسفه كما سيأتي .

قال(**لا الحد**) ؛ لشبهة اختلاف العلماء وتعارض الأدلة ، سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته ، باجتهاد أو تقليد ، لـٰكن يعزر معتقد التحريم .

وقال أبو بكر الصيرفي والإصطخري والفارسي : يجب الحد علىٰ معتقد التحريم محتجين بما روى ابن ماجه [١٨٨٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها »(١) ، ولأن شارب النبيذ يحد مع الاختلاف في إباحته .

وقياس إيجاب الحد : أن لا مهر ، وبه صرح الرافعي ، والحديث يرد عليهم ؛ فإنه أثبت المهر ، فيؤخذ منه سقوط الحد ؛ فإنهما لا يجتمعان(٢) .

ومحل الخلاف : إذا حضر العقد شاهدان ، فإن لم يحضرا ولا حصل فيه إعلان . . فالحد واجب ؛ لانتفاء الشبهة .

---

(١) في هامش (ز) : (وأخرجه الدارقطني بإسناد علىٰ شرط الصحيح [٣/٢٢٧]) .

(٢) في هامش (ز) : (وأجيب عن الخبر بأن المراد : لشبهها بالزانية في استقلالها بضم نفسها للرجل ، وبأن أدلة تحريم النبيذ أظهر) .

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ ٱلْوَلِيِّ بِٱلنِّكَاحِ إِنِ ٱسْتَقَلَّ بِٱلإِنْشَاءِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ ٱلْبَالِغَةِ ٱلْعَاقِلَةِ بِٱلنِّكَاحِ عَلَى ٱلْجَدِيدِ . . . .

ومحله أيضاً : قبل الحكم بصحته ، فإن حكم بصحته . . فلا حد قطعاً ، قاله الماوردي .

ومحله أيضاً : ما لم يحكم حاكم ببطلانه ويفرق بينهما ، فإن كان ذلك . . وجب الحد جزماً ، وامتنع على الحنفي حينئذ الحكم بصحته .

ولو رفع النكاح بلا ولي إلىٰ قاض يصححه وحكم بصحته ، ثم رفع إلينا . . لم ينقض قضاؤه على الصحيح[1] ، وقال الإصطخري : ننقضه .

وإذا طلق فيه . . لم يقع ، فلو طلق ثلاثاً . . لم يفتقر إلىٰ محلل ، وقال أبو إسحاق : يقع ، ويفتقر إلىٰ محلل ؛ احتياطاً للأبضاع .

قال : (**ويقبل إقرار الولي بالنكاح إن استقل بالإنشاء**) كالأب في البكر ؛ لأن من يملك الإنشاء يملك الإقرار إلا ما استثني ، والمراد : أن يكون حين الإقرار قادراً عليه .

وقيل : إن كانت بالغة . . فلا بد من موافقتها كالوكيل إذا ادعىٰ أنه أتىٰ بما وكل فيه ، وعلىٰ هـٰذا : لا تسمع الدعوىٰ عليه ، وعلى الأول وجهان .

وعبارة « المحرر » : إذا كان مستقلاً بالإنشاء ، وهو أحسن ، وعبارة « المنهاج » يدخل فيها ما إذا استقل بالإنشاء ، وزال ذلك بأن كانت ثيباً فادعىٰ أنه زوجها وهي بكر . . فلا يقبل .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن لم يستقل به إما لعدم إجباره أو لكون الزوج غير كفء . . فلا يقبل ؛ لعجزه عن الإنشاء إلا بإذنها .

ولو أقر ولي السفيه بنكاحه . . لم يقبل ؛ لأنه لا يستقل به .

قال : (**ويقبل إقرار البالغة العاقلة بالنكاح على الجديد**)[2] المراد : يقبل إقرارها

---

(١) في هامش (ز) : (لأنه مجتهد فيه ، والنص من أخبار الآحاد) .

(٢) في هامش (ز) : (ينبغي أن يزيد في الشروط : كونها حرة ؛ لما في تفويت الأمة من حق السيد من الوطء ، ولم يذكروه) .

. . . .

مع تصديق الزوج بلا بينة ؛ لأن النكاح حقهما ، فيثبت بتصادقهما كالبيع وغيره ، ولا فرق علىٰ هـٰذا بين الثيب والبكر ، ولا بين الغريبين والبلديين ، وهـٰذا مستثنىً من قاعدة : من لا يملك الإنشاء لا يملك الإقرار .

والقديم ـ وبه قال مالك ـ : أنهما إن كانا غريبين . . ثبت النكاح ، وإلا . . طولبا بالبينة ؛ لسهولتها عليهما ، وللاحتياط للنكاح .

فعلى الجديد : هل يكفي إطلاق الإقرار؟ أو تفصل فتقول زوجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضائي؟ إن كانت معتبرة الرضا . . وجهان : أصحهما : الثاني[1] .

ثم إذا أقرت وكذبها الولي فثلاثة أوجه :

أصحها : يحكم بقولها ؛ لأنها مقرة علىٰ نفسها .

والثاني : لا ؛ لأنها كالمقرة على الولي[2] .

والثالث : يفرق بين العفيفة والفاسقة ، ولا فرق علىٰ هـٰذا الخلاف بين أن تفصل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها[3] ، وبين أن تطلق فيقول الولي : لا ولي لك غيري وما زوجتك ، ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما .

والأصح : أنه لا يقدح تكذيبهما ؛ لاحتمال النسيان والكذب ، فإن قلنا : تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها فكان غائباً . . لم ينتظر حضوره ، بل تسلم للزوج في الحال

---

(١) في هامش (ز) : (هكذا في « الروضة » هنا ، وخالفه في « الدعاوىٰ » فصحح الاكتفاء بالإطلاق ، حكاه الرافعي هناك عن تصحيح « الوسيط » ، وصححه الإمام البلقيني وقال : إنه ظاهر نصوص الشافعي ، ثم قال : والذي يظهر لي حمل ما في « الدعاوىٰ » علىٰ إقرارها في جواب الدعوىٰ ، والذي هنا على الإقرار المبتدأ) .

(٢) في هامش (ز) : (وحيث لم يصدقها . . قال القفال في « فتاويه » : لا يجوز لها أن تنكح في الحال على الظاهر ، وحكاه عنه الرافعي في آخر « الطلاق » اعتباراً بقولها في حقها ، وطريق حلها : أن يطلقها كما في نظيره من الوكيل وغيره) .

(٣) في هامش (ز) : (فلو أقرت لزوج وأقر وليها لآخر . . فهل يقبل إقراره أم إقرارها؟ وجهان . أم السابق أم يبطلان؟ احتمالان للإمام ، ولم أر فيها ترجيحاً) .

للضرورة ، فإذا عاد وكذبها . . فهل يحال بينهما لزوال الضرورة أو يستدام؟ وجهان : رجح الغزالي الأول ، وغيره الثاني .

قال : (**وللأب تزويج البكر صغيرة وكبيرة بغير إذنها**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يزوجها أبوها » رواه الدارقطني [٣/ ٢٤٠] من رواية ابن عباس ، وهو في « صحيح مسلم » [١٤٢١] بغير زيادة : « والبكر يزوجها أبوها » .

قال البيهقي : قال الشافعي رضي الله عنه : وهـٰذه الزيادة لو ثبتت . . لكانت حجة في تزويج كل بكر ، ولـٰكنها غير محفوظة انفرد بها سفيان بن عيينة .

وقول المصنف : (بغير إذنها) راجع إلى الكبيرة ؛ فإن الصغيرة لا إذن لها ، وقد يعود إليهما معاً ؛ لما نقل عن الإمام أحمد : أن المميزة تستأذن .

قال الشافعي في القديم : (أستحب أن لا تزوج البكر الصغيرة حتىٰ تبلغ فتستأذن) فعلة الإجبار عند الشافعي البكارة ، وعند أبي حنيفة الصغر ، وعند الشيخ وابن حزم مجموعهما .

وشرط ولاية الإجبار : أن تكون غير موطوءة ، وأن يزوجها من كفء موسر[١] بمهر المثل وبنقد البلد ، وأن لا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة كما قاله ابن كج وابن المرزبان ، لـٰكن جزم الماوردي والروياني في هـٰذه الحالة بالإجبار[٢] ؛ لأن الولي يحتاط لنسبه ، وقال في « المطلب » : إنه المذهب .

فعلىٰ هـٰذا تكون الشروط خمسة ، وعلىٰ مقالة ابن المرزبان وابن كج تكون ستة .

وأن لا يكون طرأ لها سفه بعد البلوغ ؛ فإن الصحيح أن الذي يلي مالها الحاكم ،

(١) في هامش(ز) : (كما حكاه الرافعي عن القاضي حسين وأقره) .

(٢) في هامش (ز) : (وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضاً انتفاء العداوة بينها وبين الزوج . قلته بحثاً ، وهو واضح .
أقول : وهـٰذه شروط جواز الإجبار مع قطع النظر عن الصحة وعدمها ؛ لئلا يرد ما إذا زوجها بدون مهر المثل . . فإن النكاح صحيح بدون مهر المثل) .

فعلىٰ هٰذا : هو الذي يلي تزويجها ، وهو الذي يقتضيه كلام الرافعي .

قال : (**ويستحب استئذانها**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « والبكر تستأمر وإذنها صماتها »[1] وأوجبه أبو حنيفة ؛ لظاهر الأمر[2] .

قال في « الأم » : ويكره للأب أن يزوجها ممن يعلم أنها تكرهه ، فإن فعل وزوجها منه . . جاز ذلك عليها ؛ فقد يجعل الله لها فيه خيراً كما اتفق لفاطمة بنت قيس لما كرهت أسامة أولاً .

فرع :

إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفء . . لزم الأب أو الجد إجابتها ؛ تحصيناً لها ، كما يجب إطعام الطفل إذا استطعم ، فإن امتنع . . أثم ويزوجها السلطان ؛ لما روىٰ أحمد [١/١٠٥] والترمذي [١٧١] وابن ماجه [١٤٨٦] والحاكم [٢/١٦٢] عن علي رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث لا تؤخرها : الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفءاً » .

وفيه وجه : أنه لا تجب الإجابة ولا يأثم بالامتناع ؛ لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان ، وأيضاً : فإنها مجبرة من جهة الأب والجد فكيف يجبرهما على النكاح ، والواجب عند الطلب أصل التزويج لا خصوص تزويجها بمن عينته .

ولو التمست التزويج ولم تعين أحداً ولا خطبها أحد . . فالظاهر من كلام الغزالي : أنه يجب على الأب السعي في زواجها كما لو عينت كفءاً .

قال : (**وليس له تزويج ثيب إلا بإذنها**) ؛ للحديث المتقدم .

وفي « البخاري » [٥١٣٩] عن خنساء بنت خذام بن خالد الأنصارية : أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرد نكاحها .

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٢١) ، وابن حبان (٤٠٨٤) ، وغيرهما .

(٢) في هامش (ز) : (وهو محمول على الاستحباب ؛ لأنه قسم النساء قسمين ، وجعل الثيب أحق ، ومن ضرورته : أن البكر ليست أحق) .

فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً . . لَمْ تُزَوَّجْ حَتَّىٰ تَبْلُغَ ، وَٱلْجَدُّ كَٱلْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ . وَسَوَاءٌ زَالَتِ ٱلْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ، . . . .

وفي رواية للنسائي [سك ٥٣٦١] : أنها كانت بكراً ، والصحيح الأول .

وروىٰ هو [٦/ ٨٥] وأبو داوود [٢٠٩٣] عن ابن عباس مرفوعاً : « ليس للولي مع الثيب أمر » قال البيهقي في « خلافياته » : رواته ثقات .

ومن جهة المعنىٰ : أن الثيب عرفت مقصود النكاح . . فلم تجبر ، بخلاف البكر .

قال : (**فإن كانت صغيرة . . لم تزوج حتىٰ تبلغ**) ؛ لأن الأب إنما يجبر البكر ، والثيب يشترط في تزويجها الإذن ، ولا يعتبر إلا بعد البلوغ إجماعاً ، فامتنع تزويجها قبله .

وقال أبو حنيفة : تزوج ؛ بناء علىٰ أن علة الإجبار عنده الصغر .

قال الأصحاب : وإنما قلنا تبقىٰ ولاية الأب عليها في المال ؛ لأن علته موجودة وهي الصغر ، وعلة الإجبار منتفية وهي البكارة ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك المجنونة والأمة وسيأتي بيانهما .

قال : (**والجد كالأب عند عدمه**) ؛ لاشتراكهما في الولاية والتعصيب وولاية المال ، وهل ألحق به قياساً أو لمشاركته له في الاسم؟ فيه وجهان في « الحاوي » و« البحر » : أصحهما الأول ، ولا تظهر لذلك فائدة حكمية .

وفي قول : ليس له إجبار البالغة ، واختاره ابن القاص وابن سلمة ، وقد يزيد الجد على الأب ، وذلك في تولي الطرفين كما سيأتي .

قال : (**وسواء زالت البكارة بوطء حلال**[1] **أو حرام**) ؛ لأنها ثيب فشملها الخبر ، ولذلك لا تدخل في عتق الأبكار ولا في الوصية لهن ، وكذلك الحكم لو وطئت مجنونة أو مكرهة أو نائمة على الأصح .

وعن القديم : أن المصابة بالزنا حكمها حكم الأبكار ، لـٰكن يرد على المصنف

---

(١) في هامش (ز) : (أقول : الحلال هنا مقابل الحرام) .

وَلاَ أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلاَ وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَنْ عَلَىٰ حَاشِيَةِ ٱلنَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لاَ يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ . . . .

الموطوءة بالشبهة ؛ فإنه لا يوصف بحل ولا حرمة وحكمه حكم الوطء الحلال والحرام .

قال : (**ولا أثر لزوالها بلا وطء كسقطة في الأصح**) بل حكمها حكم الأبكار ؛ لأنها لم تمارس الرجال .

والثاني : أنها كالثيب لزوال العذرة ، وصححه المصنف في « شرح مسلم » ، وذكر الرافعي في (باب القسم) : أن الخلاف يجري فيما لو زالت بمرض .

ونص في « الأم » علىٰ أنها لو زال حياؤها بخروج الأسواق ومخالطة الرجال ولم تزل بكارتها . . كان حكمها حكم الأبكار .

وكالسقطة زوالها بإصبع ، وحدة طمث ، وطول تعنيس وهو : الكبر ، وكل هـٰذا مندرج في قوله : (بلا وطء) ، فإن وطئت في الدبر فبكر في الأصح ، فلو خلقت بلا بكارة . . كان لها حكم الأبكار بلا خلاف ، قاله الماوردي والروياني والصيمري[1] .

ولو ادعت الثيوبة أو البكارة . . كان القول قولها ؛ لأنها أعلم ولا تسأل عن سبب الثيوبة .

ولو ذهبت بكارتها ثم عادت . . لا يكون لها حكم الأبكار ، قاله أبو خلف الطبري في « شرح المفتاح » .

قال : (**ومن علىٰ حاشية النسب كأخ وعم لا يزوج صغيرة بحال**) بكراً كانت أو ثيباً ؛ لأنهم ليسوا في معنى الأب والجد ، ولم يرد نص في ذلك .

وصحح الترمذي [١١٠٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنكحوا اليتامىٰ حتىٰ تستأمروهن » .

وقال أبو حنيفة : ينعقد موقوفاً علىٰ إجازتها .

---

(١) في هامش (ز) : (فلو كانت غوراء يغيب بها جميع الذكر ولم يفضها . . فقياس ما سيأتي في التحليل عن البغوي : أنها بكر) .

ويؤخذ من تنصيص المصنف علىٰ (الأخ والعم) : أن من هو أبعد منهما كبنيهما والمعتق أولىٰ بالمنع .

فائدة :

مذهب الشافعي رضي الله عنه : أن الصغيرة إذا لم يكن لها ولي خاص. . لا تزوج حتىٰ تبلغ .

وعند أبي حنيفة : للقاضي تزويجها إذا نص له السلطان على الإذن في تزويج الصغار .

وكان قضاة الشام يأذنون في ذلك الوقت للحنفية ، لما كانت العادة أن لا يكون في هٰذه البلاد إلا قاض شافعي ، فأذن ابن سناء الدولة قاضي دمشق مرة لحنفي في تزويج صغيرة فزوجها ، فرفع الأمر إلى القاضي كمال الدين التفليسي الشافعي فنقضه ، وصنف في ذلك تصنيفاً ، وصنف أبو شامة تصنيفاً ، في الرد عليه ، وذكر عن الشيخ عز الدين أنه أفتىٰ بعدم النقض ، واستشكله الشيخ وصوب قول التفليسي وجزم بالقول بأنه لا يحل لشافعي أن يأذن في ذلك لحنفي .

قال : (**وتزوج الثيب البالغة بصريح الإذن**) سواء زوجها أبوها أم غيره من الأولياء ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ، وقوله : « ليس للولي مع الثيب أمر » .

وأشار بقوله : (**بصريح الإذن**) إلىٰ أنها لو قالت : وكلتك بتزويجي . . لم يكف .

قال الرافعي : والفرع ليس بمسطور ، والذين لقيناهم من الأئمة لا يعدون ذلك إذناً[1] ، والذي قاله الرافعي أفتىٰ به البغوي ، ونقله صاحب « البيان » عن النص ،

(١) في هامش (ز) : (ويجوز أن يعتد به إذنا كما إذا فسدت الوكالة بعد التصرف بالإذن . اهـ كلام الرافعي .

قال النووي : هٰذا عجيب ، والمسألة منصوصة ، قال في « البيان » : وللمرأة أن تأذن لوليها المجبر بلفظ الإذن وبلفظ الوكالة نص عليه ؛ لأن المعنىٰ فيهما واحد ، فهٰذا هو الصواب . اهـ كلام النووي ، وبه يعرف ماذكره الشارح) .

وصوبه المصنف ، والنص المذكور نقله البيهقي في « المبسوط » .

قال : (**ويكفي في البكر سكوتها في الأصح**) ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم : « والبكر تستأمر ، وإذنها سكوتها » .

هـٰذا إذا كانت بالغة ، سواء علمت أنه إذن أم لا ، خلافاً لابن المنذر .

والثاني : لا بد من صريح نطقها كالثيب ، قال الإمام : وهو القياس .

والثالث : لا حاجة إلى استئذانها ، بل إذا عقد بحضرتها ولم تنكر . . كان ذلك رضاً .

تنبيهات :

أحدها : أطلق المصنف والجمهور أن إذن البكر صماتها ، وقيده ابن المنذر بما إذا علمت أن ذلك إذنها وهو حسن ، لـٰكن قال المصنف في « شرح مسلم » : الذي عليه الجمهور أن ذلك لا يشترط .

الثاني : محل الخلاف في غير المجبر ، أما المجبر . . فالسكوت فيه كاف بلا خلاف ، ويكفي السكوت أيضاً إذا كان الولي حاكماً نص عليه .

وكذلك إذا حكمت البكر في التزويج ـ وجوزناه وهو الأصح ـ فقال لها المحكم : حكمتني لأزوجك من هـٰذا؟ فسكتت . . كفىٰ ذلك كما لو استأذنها الولي فسكتت ، نقله الرافعي في آخر (الدعاوىٰ) عن « فتاوى البغوي » وأقره .

وإذا اكتفيا بالسكوت . . حصل الغرض ضحكت أو بكت ، إلا إذا كان مع ذلك صياح أو ضرب خد . . فلا يكون رضاً .

الثالث : جميع ما ذكره المصنف بالنسبة إلىٰ تزويجها من كفء بمهر المثل ، فإن كان من غير كفء . . ففي اشتراط التصريح بالإذن وجهان ، وإذا كان بغير مهر المثل أو بغير نقد البلد . . فنقل في زوائد « الروضة » عن صاحب « البيان » : أنه يكفي في رضاها السكوت كبيع مالها ، لـٰكنه حكىٰ بعد ذلك عن «فتاوى البغوي» ما يخالفه[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (عبارة المصنف تتناول ما إذا استؤذنت في التزويج بغير كفء ، وكذا حكاه=

والأوجه : أنه لا يكفي سكوتها في المسائل الثلاث .

وقال الصيمري : ليس له تزويجها بشيخ هرم ، ولا مقطوع اليدين والرجلين ، ولا أعمىٰ ولا زمن ، ولا فقير وهي غنية ، فإن فعل . . فسخ ، قال العمراني : ويحتمل أنه ليس لها الفسخ .

ولو قال : أزوجك من شخص . . كفىٰ ؛ لأن الأصح : أنه لا يشترط تعيين الزوج في الإذن ، ذكره الرافعي بحثاً ، وصوبه المصنف .

ولو أذنت ثم رجعت قبل التزويج . . لم يصح ، فإن زوجها بعده وقبل العلم . . ففي صحته وجهان كنظيره من الوكيل .

قال : (**والمعتق**[1] **والسلطان**[2] **كالأخ**) فيزوجان البوالغ بإذنهن ، ولا يزوجان الصغائر ، خلافاً لأبي حنيفة كما سبق في الأخ والعم .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « الولاء لحمة كلحمة النسب »[3] ، وقوله : « فإن تشاجروا . . فالسلطان ولي من لا ولي له »[4] .

= الرافعي في آخر « النكاح » عن « فتاوى القاضي حسين » وأقره ، وقال هنا : لو استأذنها أبوها في غير كفء فهل يكفي السكوت؟ فيه الوجهان ؛ أي : المذكوران في غير الأب ، ومقتضاه تصحيح الاكتفاء ، وفي زيادة « الروضة » في الكفاءة : أنه المذهب ، وفيها أيضاً عن « البيان » : قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الولي البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد أو بأقل من مهر المثل . . لم يكن سكوتها إذناً في ذلك) .

(١) في هامش (ز) : (وتعبير « التنبيه » بـ« المولىٰ » أحسن من تعبير المصنف بـ« المعتق » ؛ لتناوله من عتق عليه من أصل وفرع ، ومن لم يعتق المزوجة بل أعتق أصلها في ولاء الانجرار ، وأيضاً فإعتاق الإمام عبد بيت المال سائغ والولاء للمسلمين ، فالمعتق هنا غير المولىٰ) .

(٢) في هامش (ز) : (وينبغي أن يكون مراده بإلحاق السلطان فيما سبق ، وإلا . . لورد عليه أن السلطان يزوج البالغة المجنونة دون الأخ ، وأنه يزوج في مواضع) .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) ، والحاكم (٤/ ٣٤١) ، والشافعي في « المسند » (١/ ٣٣٨) ، وغيرهم .

(٤) أخرجه ابن حبان (٤٠٧٥) ، والحاكم (٢/ ١٦٨) ، وأبو داوود (٢٠٧٦) ، والدارقطني (٣/ ٢٢١) .

وَأَحَقُّ ٱلْأَوْلِيَاءِ أَبٌ ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ ، ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ثُمَّ ٱبْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ، ثُمَّ عَمٌّ ، ثُمَّ سَائِرُ ٱلْعَصَبَةِ كَٱلْإِرْثِ ، . . . .

ولأن المعتق أخرجها من الرق إلى الحرية فأشبه الأب في إخراجه لها إلى الوجود .

ثم السلطان يزوج في ستة مواضع :

عدم الولي الخاص ، وعضله ، وسيأتيان في هاذا الفصل .

وغيبته ، وإحرامه ، وإذا أراد الولي أن يتزوجها ، وستأتي هاذه الثلاثة في الفصل الذي بعده .

والسادس : تزويج المجنونة ، وسيأتي في الفصل الثالث .

وقد جمع بعضهم خمسة في قوله [من الرجز] :

خمس محررة تبين حكمها ... فيها يرد العقد للحكام

فقد الولي وعضله ونكاحه ... وكذاك غيبته مع الإحرام

قال : (**وأحق الأولياء أب**) ؛ لأن من عداه يدلي به ، كذا علله الرافعي ، ويرد عليه المعتق والسلطان ؛ فإنهما لا يدليان به[1] .

قال : (**ثم جد**) ؛ لأنه كالأب عند عدمه .

قال : (**ثم أبوه**) ؛ لأن له ولاية وعصوبة فقدم علىٰ من ليس له إلا عصوبة ، وهو مع الجد كالجد مع الأب .

قال : (**ثم أخ لأبوين أو لأب**) ؛ لأنه يدلي بالأب فكان أقرب .

وقدم مالك الأخ على الجد كما يقدم عليه في (باب الولاء) .

قال : (**ثم ابنه وإن سفل**) ؛ لأنه أقرب من العم .

قال : (**ثم عم ، ثم سائر العصبة كالإرث**)[2] ؛ لأن المأخذ فيهما واحد .

---

(١) في هامش (ت) : (ويجاب بأن المراد بمن عداه من ذوي النسب فقط ، وهاذا ظاهر ، والله أعلم) .

(٢) في هامش (ز) : (يبنىٰ علىٰ هاذا توهم : أن المدلي بأبوين منهم يقدم قطعاً كالإرث ، وليس كذلك ؛ فإنه سيذكر فيه الخلاف) .

وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَىٰ أَخٍ لِأَبٍ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلاَ يُزَوِّجُ ٱبْنٌ بِبُنُوَّةٍ ، . . . .

ومراده بقوله : (كالإرث) بالنسبة إلىٰ سائر العصبة فقط ، فترتيبهم هنا كترتيبهم هناك ، فيقدم بعد العم من الأبوين أو من الأب ابنه وإن سفل ، ثم سائر العصبات ، ولا يصح عوده إلىٰ جميع ما ذكره ؛ لأن الجد والأخ يستويان في الإرث ، وهنا يقدم الجد ، ثم يرد علىٰ إطلاق المصنف مسائل تأتي في خاتمة (كتاب العتق) .

قال : (**ويقدم أخ لأبوين علىٰ أخ لأب في الأظهر**) ؛ لزيادة القرب والشفقة ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ومالك والمزني .

والثاني ـ وهو القديم وبه قال أحمد ـ : أنهما سواء ؛ لأن قرابة الأم لا مدخل لها في النكاح لأنه لا تفيد ولايته ، بخلاف الميراث ؛ فإن الأخ من الأم يرث .

والجواب : أن إخوة الأم إذا لم تفد ولاية النكاح . . فهي توجب ترجيحاً ، كما أن العم لأبوين يقدم في الإرث على العم للأب وإن لم يكن العم للأم وارثاً ، ويجري الخلاف في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب .

قال : (**ولا يزوج ابن ببنوة**) خلافاً للأئمة الثلاثة والمزني .

لنا : أنه لامشاركة بينهما في النسب ؛ لأنها تنسب إلىٰ أبيها والابن إلىٰ زوجها ، والزوج لا ولاية له على امرأته ، والأم لا تزوج نفسها فكذا من يدلي بها .

واحتج المخالفون بأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد تزويج أم سلمة . . قالت لابنها عمر : قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه ، رواه النسائي [٦/ ٨١] .

والجواب : أنه كان صغيراً ؛ لأنه ولد بأرض الحبشة في السنة الثانية من الهجرة ، وزواج النبي صلى الله عليه وسلم بأمه كان في الرابعة فكان يومئذ ابن سنتين ، ولو صح أن ابنها زوجها وأنه كان بالغاً . . فيكون زوجها ببنوة العم ؛ فإنه ابن ابن عم أبيها ، علىٰ أن نكاح النبي صلى الله عليه وسلم لا يفتقر إلىٰ ولي .

وأجاب ابن الجوزي بأنه أراد عمر بن الخطاب ، وهو ابن عمها ، واسمه موافق لاسم ابنها فظن بعض الرواة أنه ابنها ، قال : وما يروىٰ من قول بعض الرواة : قم

فَإِنْ كَانَ ٱبْنَ ٱبْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقاً أَوْ قَاضِياً . . زَوَّجَ بِهِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ . . زَوَّجَ ٱلْمُعْتِقُ ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَٱلإِرْثِ . . . .

يا غلام فزوج أمك . . فباطل لا أصل له .

قال : (**فإن كان ابن ابن عم أو معتقاً أو قاضياً . . زوج به**) أي : بذلك الوصف لا بالبنوة ، وكذا لو كان وكيلاً لوليها[١] ؛ لأنا إنما قلنا : البنوة لا تقتضي الولاية ، ولم نقل إنها مانعة ، فإذا وجد معها سبب آخر يقتضي الولاية . . لم يمنعه ، وهٰذه أسباب الولاية .

وكذلك لو اتفق وطء بشبهة ، أو نكاح مجوس أن يكون ابنها أخاها أو ابن أخيها أو ابن عمها .

قال : (**فإن لم يوجد نسيب . . زوج المعتق**) يعني : إذا كان رجلاً (**ثم عصبته**) سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة .

قال : (**كالإرث**) ؛ لما تقدم من أنه لحمة كلحمة النسب .

والمراد : أن ترتيب عصبات العتق هنا كترتيب عصبات النسب ، لٰكن يستثنىٰ من ذلك جد النسب ؛ فإنه أولىٰ من الأخ[٢] .

وأصح القولين هنا : أن أخ المعتق أولىٰ من جده ، وأن المرأة لا يزوجها ولدها ، وابن المعتق يزوج ، ويقدم علىٰ أبيه ؛ لأن التعصيب له ، والشقيق هنا يزوج قطعاً[٣] .

وقيل : قولان كما في النسب ، وقيل : يستويان قطعاً .

---

(١) في هامش (ز) : (قاله الماوردي ، وطرده البغوي في القبول ، وفيه نظر) .

(٢) في هامش (ز) : (قوله : « كالإرث » قال السبكي : يحتمل ثلاثة معان :
أحدها : القياس على الإرث .
والثاني : أن الترتيب هنا كالترتيب في الإرث .
والثالث : أن ترتيب عصبة المعتق في التزويج كترتيب عصبة النسب ، فعلىٰ هٰذا الترتيب يستثنىٰ منه : أن جد النسب . . . إلخ) .

(٣) في هامش (ز) : (وأن العم مقدم علىٰ أب الجد في الولاء كما نص عليه في « البويطي » وهو المذهب كما ذكره البلقيني ، وفي النسب ليس كذلك) .

وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ ٱلْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ ٱلْمُعْتِقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً ، وَلاَ يُعْتَبَرُ إِذْنُ ٱلْمُعْتِقَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ويزوج عتيقة المرأة من يزوج المعتقة ما دامت حية**) فتجعل الولاية عليها تبعاً للولاية على المعتقة ، فيزوجها الأب ثم الجد علىٰ ترتيب الأولياء ، ولا يزوجها ابن المعتقة ، ويشترط في تزويجها رضاها إن كانت بكراً . . فبالسكوت ، وإن كانت ثيباً . . فبالنطق كما في غيرها .

وقيل : لا يزوجها إلا السلطان .

وقيل : يزوجها ابن المعتقة في حياتها ، ويقدم على الأب ، وهـٰذا هو القياس كما لو كانت ميتة ، ويؤيده : أن الولاء يثبت لعصبة المعتق في حياته .

وإطلاق المصنف يقتضي : أن العتيقة لو كانت كافرة والمعتقة مسلمة ووليها كافر . . لا يزوجها ، وليس كذلك ، فلو قال : يزوج عتيقة المرأة من له الولاء . . لاستقام .

وحكم أمة المرأة كذلك ، فيزوجها من يزوج سيدتها ، فإن كانت السيدة كاملة . . اشترط إذنها نطقاً ولو كانت بكراً ؛ لأنها لا تستحيي من ذلك ، وإن كانت صغيرة ثيباً . . امتنع على الأب تزويج أمتها إلا إذا كانت مجنونة .

ويستثنىٰ من إلحاقها بها صورتان :

البكر البالغ : للأب إجبارها وليس له إجبار أمتها .

والسيدة الكافرة : لا يزوج أمتها المسلمة من يزوجها .

قال : (**ولا يعتبر إذن المعتقة في الأصح**) ؛ لأنه لا ولاية لها ولا إجبار .

والثاني : يشترط إذنها ؛ لأن العصبات يزوجون بإدلائهم بها ، فلا أقل من مراجعتها ، واختاره الشيخ[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (اختاره السبكي إذا قلنا يزوجها الابن ؛ لأنه لم يزوج بالولاء بل كما كان قبل العتق ، وهو قبله لايزوج إلا بإذنها) .

فعلىٰ هٰذا : إن لم تأذن . . ناب السلطان عنها في الإذن ، قال : ولا نعلم من أوجب إذنها إذا قلنا : الابن يزوج .

قال : (**فإذا ماتت**) أي : المعتقة (. . **زوج من له الولاء**) فيقدم الابن ثم الأب ثم سائر العصبات علىٰ ترتيبهم في الولاء .

وفي وجه : أن أب المعتقة هو الذي يزوجها وإن ماتت المعتقة ؛ لأنه كان أولىٰ بتزويج المعتقة فيستدام هٰذا الحكم وهو شاذ ضعيف .

فرع :

كان المعتق خنثىٰ مشكلاً . . ينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه ؛ ليكون قد زوجها وليه بتقدير الذكورة ووليها بتقدير الأنوثة .

فرع :

أعتق اثنان أمة . . اشترط في تزويجها رضاهما ، إما أن يوكلا ، أو يوكل أحدهما الآخر أو يباشرا العقد ، ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين . . كفىٰ موافقة أحدهما للمعتق الآخر ، ولو مات كل منهما عن ابنين أو أخوين . . كفىٰ موافقة أحد ابني هٰذا أحد ابني ذاك .

فرع :

فيمن بعضها مبعض خمسة أوجه :

أصحها : يزوجها مالك البعض ومعه وليها القريب ، فإن لم يكن . . فمعتق بعضها ، فإن عدم . . فالسلطان .

والثاني : يكون معه معتق البعض .

والثالث : معه السلطان .

والرابع : يستقل مالك البعض .

فَإِنْ فُقِدَ ٱلْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ. . زَوَّجَ ٱلسُّلْطَانُ ، وَكَذَا يُزَوِّجُ إِذَا عَضَلَ ٱلْقَرِيبُ وَٱلْمُعْتِقُ . . . .

والخامس : لا يجوز تزويجها أصلاً ؛ لضعف الملك والولاية بالتبعيض .

قال : (**فإن فقد المعتق وعصبته . . زوج السلطان**) ؛ لأنه ولي من لا ولي له ، والمراد به : من له الولاية العامة ، والياً كان أو قاضياً ، في محل حكمه خاصة دون غيره[1] .

قال : (**وكذا يزوج إذا عضل القريب والمعتق**)[2] واحداً كان أو جماعة مستوين ؛ لأن التزويج حق عليه[3] ، فإذا امتنع من فعله . . فعله الحاكم كمن عليه دين وامتنع من أدائه ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، ولم يصر أحد هنا إلى انتقال الولاية إلى الأبعد[4] ، بخلاف الغيبة ؛ فإن فيها خلافاً .

---

(١) في هامش (ز) : (ولا يكفي حضور الخاطب وحده ؛ لأن الولاية عليها لاتتعلق به ، بخلاف ما لو حكم لحاضر علىٰ غائب ؛ لأن المدعي حاضر ، والحكم يتعلق به ، وبالمنع أجاب القاضي في « فتاويه » ، والفرق المذكور يقتضي : أنه لو زوج امرأة في محل ولايته من غائب في محل الولاية . . أنه يصح ، وبه صرح القاضي أيضاً موجهاً بأن حكم الحاكم في ولايته نافذ بأقطار الأرض) .

(٢) في هامش (ز) : (وذكر بعد ذلك أنه يزوج عند غيبة الولي إلىٰ مسافة القصر ، وإحرامه ، وتزويجه موليته والمجنونة البالغة عند فقد الأب والجد ، وبقي عليه مسائل :

١ـ ٢ـ تعزز الولي وتواريه .

٣ـ عند حبسه ومنع الحابس له الناس من الوصول إليه .

٤ـ فقده حيث لا يقسم ماله .

٥ـ المستولدة المسلمة التي لكافر يزوجها الحاكم بإذن سيدها .

٦ـ أنه يزوج أمة محجورة .

٧ـ حالة الإغماء إذا كانت قدر مسافة القصر كما قال الإمام ، وقال البلقيني : إنه المعتمد ، وقال البغوي وغيره : تنتظر إفاقته كالنائم ، وهو المذكور في « المنهاج » بعد ذلك .

والمراد بالسلطان : من له سلطنة الحكم بالنسبة لمن هو في محل حكمه) .

(٣) في هامش (ز) : (بناء علىٰ أنها إذا سألت واحداً منهم . . وجب عليه كما سيأتي) .

(٤) في هامش (ز) نسخة : (فإنها تنتقل إلى الأبعد ، محله ما إذا لم يكن للولي وكيل) .

قال المصنف في « الفتاوىٰ » : العضل كبيرة بإجماع المسلمين . اهـ[١]

والذي اختاره الإمام في « النهاية » أنه لا يحرم إلا إذا لم يكن في الخطة حاكم .

ثم إذا زوج الحاكم هل ذلك بطريق النيابة أو الولاية[٢]؟ فيه خلاف تظهر ثمرته في صور :

منها : لو كانت ببلد وأذنت لحاكم بلد آخر[٣] والولي فيه ، فإن قلنا بالولاية . . امتنع ، أو بالنيابة . . جاز .

ومنها : إذا زوجها بإذنها من غير كفء ، إن قلنا : ولاية . . صح ، أو نيابة . . فلا ، قاله في « الترغيب » .

ومنها : إذا اكتفينا بالبينة على العضل فزوج القاضي ، ثم قامت بينة برجوعه . . قبل تزويجه ، إن قلنا بالنيابة . . خرج علىٰ عزل الوكيل ، وإن قلنا ولاية . . فعلى الخلاف في انعزال القاضي قبل علمه بعزله ، قاله في « المطلب »[٤] .

قال : (**وإنما يحصل العضل إذا دعت بالغة عاقلة إلىٰ كفء وامتنع**)[٥] ؛ لأن إجابتها عليه حينئذ واجبة ، فأما إذا دعت إلىٰ غير كفء . . فله الامتناع ، ولا يكون عضلاً ، وإذا حصلت الكفاءة . . فليس له الامتناع لنقصان المهر ؛ لأنه محض حقها .

---

(١) في هامش (ز) : (وقال في « الروضة » : وليس العضل من الكبائر) .

(٢) في هامش (ز) : (سيأتي في قوله : « ولو غاب الأقرب إلىٰ مرحلتين » أنه يزوج في حالة العضل والغيبة بالنيابة لا بالولاية) .

(٣) في هامش (ز) : (ليست في حكمه) .

(٤) في هامش (ز) : (ومنها : عند الغيبة إن قلنا بالولاية . . زوج الأبعد ، أو بالنيابة . . زوج القاضي .

ومنها : إذا زوج الحاكم والولي الغائب في وقت واحد بالبينة . . قدم الولي إن قلنا بالنيابة ، وإن قلنا بالولاية . . بطلا ؛ كوليين ، أو قدم الحاكم لقوة ولايته وعمومها ، كما لو قال الولي : كنت زوجتها في الغيبة ؛ فإن نكاح الحاكم يقدم كما صرحوا به) .

(٥) في هامش (ز) : (ويستثنىٰ من مفهوم الكفء : ما إذا دعته إلىٰ عنين أو مجبوب فامتنع . . فإنه يكون عاضلاً ، واعتبر القفال الشاشي في الكفاءة : أن ينتفي موضع الصلاح للمرأة ، وهو حسن) .

واحترز بـ(البالغة) عن الصغيرة إذ لا اعتبار بالتماسها ، ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوجها ، قال البغوي : ولا يتحقق العضل حتىٰ يمتنع بين يدي القاضي ، وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي ويأمره القاضي بالتزويج فيقول : لا أفعل أو يسكت ، فحينئذ يزوجها القاضي .

قال الرافعي : وكأن هـٰذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي ، فأما إذا تعذر بتعزز أو توار . . وجب أن يثبت بالبينة كسائر الحقوق ، وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » ما يدل عليه ، وعند الحضور لا معنىٰ للبينة ؛ فإنه إن زوج وإلا . . عضل[١] .

ومحل تزويج الحاكم عند العضل إذا لم يتكرر ، فإن تكرر ثلاثاً . . صار كبيرة يفسق بها[٢] ، فيزوج الأبعد تفريعاً علىٰ أن الفاسق لا يلي ، كذا قاله الشيخان ، وفي اعتبارهما الثلاث مخالفة لما ذكراه في (الشهادات) : أنه لا تضر المداومة علىٰ نوع واحد من الصغائر مع غلبة الطاعات عند الجمهور .

قال : (**ولو عينت كفءاً وأراد الأب غيره . . فله ذلك في الأصح**) ؛ لأنه أكمل منها نظراً ، والمراد : أنه عين كفءاً غيره ؛ لأنه لو أراد غير الكفء . . لا يجاب قطعاً .

والثاني : عليه أن يزوجها بمن عينته إعفافاً لها ، وهـٰذا ظاهر نص « الأم » ، واختاره الشيخ[٣] .

والخلاف كالخلاف فيما إذا عينت الزوجة خادماً في الابتداء والزوج غيره ، والأصح : إجابة الزوج ، وكالخلاف فيما إذا أراد الإمام التغريب إلىٰ جهة وطلب الزاني جهة أخرىٰ ، والأصح : أن المتبع رأي الإمام كما سيأتي .

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا لو عينت كفءاً فقال الولي : لا أزوجك إلا ممن هو أكفأ منه . . كان عضلاً ، كما قاله صاحب « البحر ») .

(٢) في هامش (ز) : (وهل المراد بالثلاث هنا الأنكحة أو بالنسبة إلىٰ غرض الحاكم ولو في نكاح واحد؟ قال في « المهمات » : فيه نظر . سيأتي في نكاح السفيه : أن المطلاق مَن زوَّجه وليه ثلاث نسوة على التدريج فيطلقهن ، وقيل غير ذلك ، فانظره) .

(٣) في هامش (ز) : (ويشبه أن يكون امتناعه من إجابتها إلى المفلس ليس بعضل إن لم يعتبر المال في الكفاءة ، ويشهد له كلام القفال السابق) .

فَصْلٌ :

لاَ وِلاَيَةَ لِرَقِيقٍ وَصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ . . . .

تتمة :

أفهم تمثيله بـ(الأب) : أن الخلاف في الولي المجبر ، فأما غيره كالأخ[1] إذا عين كفءاً وعينت غيره . . فهي المجابة قولاً واحداً ؛ لأن إذنها كما هو شرط في أصل التزويج ، كذلك هو شرط في تعيين من عينته .

قال : (**فصل :**

لا ولاية لرقيق) ؛ لما فيه من النقصان وعدم تفرغه للبحث والنظر ، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعاً[2] ، وبغير إذنه على الأصح ، ولا يصح توكيله في الإيجاب على الأصح عند الجمهور ، وقد سبق هـٰذا في (الوكالة)[3] .

قال : (**وصبي ومجنون**)[4] ؛ لسلب نظرهما وبحثهما عن حال الأزواج واختيارهم ، فإذا كان الأقرب صبياً . . زوجها الأبعد ، ولا يخفىٰ أن ذلك لا يتصور في الأب والجد[5] .

---

(١) في هامش (ز) : (أو الأب غير المجبر لها إذا كانت ثيباً) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (ما ادعاه من القطع تبع فيه « الروضة » هنا ، قال في « المهمات » : وليس كذلك ؛ فقد ذكر هو من « زياداته » في الركن الثالث من « كتاب الوكالة » : أن فيه وجهين محكيين في « الشامل » و« البيان » ، والغريب أن الموضعين جميعاً من « زياداته » ؛ فإن الرافعي هنا لم يدع القطع بذلك) .

(٣) في هامش (ز) : (والفرق : أن شأن الموجب أن يكون أهلاً للولاية ، بخلاف القابل) .

(٤) في هامش (ز) : (فلو أفاق المجنون وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون علىٰ حدة في الخلُق . . ففي عود ولايته وجهان ، قال في « الروضة » [٧/ ٦٣] : لعل أصحهما : استدامة حكم الجنون إلىٰ أن يصفو من الخبل) .

(٥) في هامش (د) و(ز) : (صوره في « المهمات » في الأب هنا فقال : صورته فيما إذا زوج الأب ولده الصغير ثم أتت زوجته بولد في زمن إمكان بلوغه ـ وهو كمال التاسعة على الصحيح ـ فإن الولد يلحقه على الصحيح إذا مضىٰ عليه بعد زمن الإمكان ستة أشهر ولحظة تسع الوطء ، وإذا حكمنا بثبوت النسب لا نحكم بالبلوغ ؛ لأن النسب يثبت بالاحتمال ، بخلاف البلوغ ، كذا جزم به الرافعي في آخر « باب اللعان » ، وتبعه عليه في « الروضة ») .

والجنون المطبق اتفق الأصحاب علىٰ أنه يسلب الولاية ، وفي المتقطع وجهان : أصحهما في « أصل الروضة » : أنه كذلك ، فيزوج الأبعد يوم جنونه ؛ لبطلان أهليته وزوال ولايته عن نفسه وماله .

والثاني : لا يزيل الولاية ؛ لأنه يشبه الإغماء من حيث إنه يطرأ ويزول ، ولم يصحح الرافعي في « الكبير » شيئاً ، بل نقل الأول عن ابن كج والإمام والغزالي ، وتصحيح الثاني عن البغوي ، وجعله في « الشرح الصغير » الأشبه ، وفي « التذنيب » الظاهر ، وعلىٰ هـٰذا : تنتظر إفاقته على الأصح ، وقيل : يزوج الحاكم .

والخلاف جار في الثيب المتقطع جنونها ، فعلىٰ رأي : تزوج في حال الجنون ، وعلىٰ رأي : تنتظر إفاقتها لتأذن .

ولو وكل المتقطع الجنون في إفاقته . . اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون ، وكذا إذا أذنت الثيب . . يشترط تقدم العقد علىٰ عود جنونها .

قال : (**ومختل النظر بهرم أو خبل**) سواء كان الخبل جِبليّاً أو عارضاً ، فلا ولاية له ؛ للعجز عن اختيار الأكفاء ، وعدم العلم بمواضع الحظ الواجب على الأولياء ، وكذلك الحكم في ذي الآلام والأسقام الشاغلة عن النظر ، نص عليه[1] .

فائدة :

(الخبل) : فساد في العقل ، وهو بإسكان الباء الموحدة وتحريكها .

و(الهرم) بالتحريك : كبر السن .

روى ابن ماجه [٣٤٣٦] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء إلا الهرم » فاستثناه صلى الله عليه وسلم ؛ لأنه اضمحلال طبيعي ، وطريق إلى الفناء ضروري ؛ فإن كل نقصان وفساد يدخل على المصباح له

(١) في هامش (د) و(ز) : (عبارة « الروضة » [٧/ ٦٣] : وأخذ به الأصحاب . وفيه بحث للرافعي أسقطه من « الروضة ») .

وَكَذَا مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَمَتَىٰ كَانَ ٱلأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَـٰذِهِ ٱلصِّفَاتِ . . فَٱلْوِلاَيَةُ لِلأَبْعَدِ . . . .

طريق موصلة إلى العلاج ، إلا النقص الداخل من جهة نقصان الزيت فليس له بدونه صلاح .

قال : (**وكذا محجور عليه بسفه على المذهب**) ؛ لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلا يجوز أن يعقده لغيره .

والطريقة الثانية : وجهان : أحدهما هـٰذا .

والثاني : يلي ؛ لأنه كامل النظر في أمر النكاح ، وإنما الحجر عليه ؛ لأجل المال .

والمراد بـ(السفيه) هنا : من بلغ مبذراً ، أو رشيداً ثم بذر وحجر عليه ، فلو لم يحجر عليه ووجد التبذير المقتضي للحجر . . قال الرافعي : ينبغي أن لا يمنع ، وإليه أشار المصنف بتقييده بـ(الحجر) ، وهو ظاهر نص « الأم »[1] ، فالسالب للولاية مجموع الأمرين : السفه مع الحجر .

وخرج بـ(السفه) حجر المرض وحجر الفلس ، فلا يمنعان الولاية ؛ لأن ذلك ليس بخلل فيه ، بل لحق الغير .

وتوكيل المحجور عليه بسفه في طرفي النكاح كتوكيل العبد ، فيصح في القبول دون الإيجاب على الصحيح .

قال : (**ومتىٰ كان الأقرب ببعض هـٰذه الصفات**) وهي : الرق والصبا والجنون واختلال النظر بهرم أو خبل وحجر سفه ، وكذلك الفسق والكفر .

قال : (. . **فالولاية للأبعد**)[2] ؛ لخروج الأقرب عن كونه ولياً ، ولأنه صلى الله

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (وصرح في « الحاوي » و« البحر » فيه بوجهين ، صحح مجلي وابن الرفعة : أنه لا يلي ، وهو ظاهر إطلاق الغزالي تبعاً لظاهر نص « المختصر » واختاره السبكي . انتهىٰ كلام « النكت » لابن النقيب) .

(٢) في هامش (ز) : (قوله : « ومتىٰ . . . إلخ » كان ينبغي تأخيره عن الفسق واختلال الدين ؛ ليعود إليهما أيضاً) .

وَٱلإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لاَ يَدُومُ غَالِباً . . ٱنْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّاماً . . ٱنْتُظِرَ ، .

عليه وسلم بعث عمرو بن أمية الضمري إلى الحبشة يتزوج له أم حبيبة بنت أبي سفيان ، زوجها منه خالد بن سعيد بن أبي وقاص كما قاله ابن إسحاق والشافعي [أم ١٦/٥] وآخرون ، أو عثمان بن عفان[1] كما قاله عروة والزهري وغيرهما ، وكلاهما ابن عم أبيها ، وكان أبوها كافراً حياً ، وهـٰذه القصة أجمع عليها أهل المغازي .

وإذا ثبت ذلك في الكفر . . قسنا عليه الباقي ، فإذا زالت الموانع . . عادت الولاية كما أفهمه لفظ (متىٰ)[2] .

هـٰذا في المناسب ، أما الولاء ، فلو أعتق أمة ومات عن ابن صغير وأب . . لم يكن للأب تزويجها ، نص عليه ، كما حكاه في « الكفاية » في آخر (باب الولاء)[3] ، وبه جزم البغوي في « فتاويه » .

قال : (**والإغماء إن كان لا يدوم غالباً . . انتظر إفاقته**) كما ينتظر النائم ، فلا يزوج غيره .

قال : (**وإن كان يدوم أياماً . . انتظر**) ؛ لأنه قريب الزوال كالمرض العارض ، فعلىٰ هـٰذا : قال البغوي وغيره : تنتظر إفاقته كالنائم ، وقال الإمام : تعتبر مدته بالسفر ، وترجع معرفته إلىٰ أهل الخبرة ، فإذا قالوا : إنه من القسم الثاني . . جاز تزويجها في الحال .

وتعبيره بـ(الأيام) يقتضي اعتبار ثلاث ، وهو كذلك في « المحرر » تبعاً للغزالي ، والذي في « الروضة » و« الشرحين » يوماً أو يومين فأكثر .

---

(١) أخرجه الحاكم (١٩/٤) ، والبيهقي (٧/ ٧١) ، والطبراني في « الكبير » (٢٣/ ١٨) .

(٢) في هامش (ز) : (فرع : زوج الأبعد فادعى الأقرب أنه زوج بعد تأهله ، وقال الأبعد : بل قبله . . قال الماوردي : يرجع فيه إلىٰ قول الزوجين ؛ لأن العقد لهما ، فلم يقبل فيه قول غيرهما) .

(٣) في هامش (ز) : (ولم يتعرض لمن يزوج ، قال البلقيني : والظاهر أن الحاكم يزوج ، قال : وعلله القفال بأنه لم يقع اليأس من ثبوت الولاء للابن الصغير ، بل ينتظر . اهـ
ومقتضىٰ هـٰذا التعليل : أن الحاكم لا يزوج ، وهو بعيد ، ولا وجه للانتظار ، وقد جزم البغوي في « فتاويه » بتزويج الحاكم) .

قال : (**وقيل : الولاية للأبعد**) كالمجنون والسكران الذي سقط تمييزه بالكلية ، فكلامه لغو ، فإن بقي له تمييز ونظر . . فالمذهب : أنه لا يزوج وتنتظر إفاقته[1] .

قال الشيخ : لم يسلكوا بالإغماء هنا مسلكه في الوكالة ؛ لأن الأكثرين فيها لم يفرقوا بين طويل المدة وقصيرها ، وهنا اتفقوا على التفرقة بين ما يدوم وبين ما لا يدوم ، والفرق بين البابين اختلاف المأخذ فيهما ، فالوكالة جائزة ؛ لضعفها تزول بالإغماء ، وولاية النكاح ثابتة للولي قوية ، ولا يزيلها اليسير منه ، وإنما يزيلها ما يفوت النظر في حق المولىٰ عليها ، قال : ومن هـٰذا يعلم أنه لا ينبغي أن يلحق بالوكالة غيرها من الولايات التي هي أقوىٰ رتبة منها كولاية القضاء والإمامة العظمىٰ ونحوهما ، وإطلاق القول بأن الإغماء موجب للانعزال بعيد .

قال : (**ولا يقدح العمىٰ في الأصح**) ؛ لا خلاف أن للأعمىٰ أن يتزوج ، وهل له أن يزوج بالولاية؟ فيه وجهان :

أصحهما : نعم ؛ لأن المقصود يحصل بالبحث من الغير والسماع منه[2] .

وإنما لم تقبل شهادته فيما تحمله بعد العمىٰ ؛ لتعذر التحمل .

واحتجوا له أيضاً بأن شعيباً زوج ابنته من موسىٰ عليهما الصلاة والسلام ولم يثبت ذلك .

وقال الشيخ : الحق أنه لم يعم نبي أبداً ، وإن ما حصل ليعقوب عليه الصلاة والسلام غشاوة وزالت ، فعلىٰ هـٰذا : له أن يوكل .

والثاني : أن العمىٰ يمنع الولاية ؛ لأنه نقص يؤثر في الشهادة فأشبه الصغر .

وإذا قلنا يلي والصداق عين . . لم يثبت المسمىٰ إن منعنا شراء الغائب ، كذا قاله الشيخان في (البيع) .

---

(١) في هامش (ز) : (وإذا تنازعا ـ الأبعد والأقرب ـ فادعى الأقرب : أنه كان حين العقد باقياً على الولاية ، وادعى الأبعد عدم ذلك . . فالمذهب فيه : الرجوع إلى الزوجين) .

(٢) في هامش (ز) : (وخص أبو علي الفارقي الخلاف بما إذا لم تر المرأة الزوج ، فإن رأته ورضيت به . . ولي قطعاً) .

ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهمة .

وقيل : يزوج قطعاً ، فإن لم تكن مفهمة . . فلا ولاية له .

قال : (**ولا ولاية لفاسق على المذهب**) ؛ لأن الفسق نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية كالرق .

وروى الشافعي [شم ١/٢٢٠] رضي الله عنه بسند صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد » قال الشافعي : أراد بـ(المرشد) : العدل ، قال أحمد : وهو أصح شيء في الباب ، وبهٰذا قال أحمد في أصح الروايتين عنه .

والقول الثاني : أنه يلي ؛ لأن الفسقة لم يمنعوا من التزويج في عصر الأولين ، وهٰذه أشهر الطرق كما قاله الرافعي .

والطريق الثاني : القطع بالمنع ، وهو قضية إيراد أبي علي بن أبي هريرة والطبري وابن القطان .

والثالث : القطع بأنه يلي .

والرابع : يلي الأب والجد فقط مع الفسق دون غيرهما ، والفرق كمال شفقتهما وقوة ولايتهما .

والخامس : عكسه ، والفرق أنهما مجبران ، فربما وضعاها تحت فاسق مثلهما ، وغيرهما يزوج بالإذن ، فإن لم ينظر لها . . نظرت لنفسها .

والسادس : إن كان فسقه بشرب الخمر . . لم يل ؛ لاضطراب نظره ، وإن كان بسبب آخر . . يلي .

والسابع : يلي المستتر بفسقه دون المعلن .

والثامن : يلي الغيور دون غيره .

وفي « رحلة ابن الصلاح » : أن إمام الحرمين قال بهٰذا التفصيل ، وأن فخر الإسلام الشاشي قال : لا وجه له ؛ إذ لو جاز هٰذا في الولاية . . لجاز في الشهادة ،

فيقال : إذا كان الفاسق كريم النفس صدوق اللهجة . . تقبل شهادته ويلي القضاء ، نعم ؛ يستقيم علىٰ مذهب أبي حنيفة ؛ فإن لهم في الشهادة هـٰذا التقسيم .

والتاسع : إن كان الفاسق رشيداً في دنياه . . ولي ، وإن كان مبذراً . . فلا .

وأطلق بعضهم الخلاف ، وقيده المتولي بما إذا كان الفاسق غير محجور عليه ، فإن كان محجوراً عليه . . فلا .

وأفتى الغزالي بأنه إذا أدى السلب إلىٰ تزويج حاكم فاسق . . ولي ، وإلا . . فلا ، واستحسنه المصنف ، واختاره ابن الصلاح ، وقواه الشيخ تفريعاً على انعزال القاضي بالفسق .

وإذا قلنا : الفسق سالب . . زوج البعيد على الأصح ، وقيل : السلطان .

قال البغوي : وإذا تاب . . زَوَّجَ في الحال ، وقال المتولي نحوه في العضل .

قال الرافعي : والقياس ـ وهو المذكور في (الشهادات) ـ اشتراط الاستبراء ، وفي أصحاب الحرف الدنية كالكناس والحجام وجهان : قال المصنف : المذهب : القطع بأنهم يلون .

والأصح : أن للفاسق أن يتزوج بنفسه .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف وغيره الإمام الأعظم ؛ فإنه يزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة على الأصح ؛ تفخيماً لشأنه ، كذا صححه الرافعي ، وكأنه قلد فيه البغوي .

وقال المتولي : إن الأصحاب منعوا ذلك في بنات نفسه وصححوه في بنات غيره ؛ لأن مستنده في الغير الولاية العامة والفسق لا ينافيها ، بخلاف الولاية الخاصة .

قال : (**ويلي الكافر الكافرة**) ويجبرها وإن كانت صغيرة سواء زوجها من كافر أو مسلم؛ لأنه قريب ينظر بالمصلحة[1] ، وقال تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ .

---

(١) في هامش (ز) : (وظاهر كلامهم : أنه يجوز أن يكون ولي الحربية ذمياً وبالعكس ، وقال البلقيني : لم أقف فيه علىٰ نقل ، وقياس ماذكروه في الإرث أن تمنع ولاية الحربي على الذمية=

. . . .

قال الرافعي : وشرط ولايته أن لا يرتكب محرماً في دينه ، فإن ارتكبه فكالفاسق .

قال في « الدقائق » : قوله : (الكافرة) أشمل من قول « المحرر » : ابنته الكافرة ؛ لأن أخته وغيرها كذلك ، وخالف الحليمي فقال : لا يلي الكافر الكافرة إذا أراد المسلم أن يتزوج بها ، بل يزوجه بها قاضي المسلمين ، وصححه ابن يونس .

وهل يزوج اليهودي النصرانية؟ قال الرافعي : يمكن أن يلحق بالإرث ، ويمكن أن يمنع ، وقال في « الكفاية » : قطع أصحابنا بأنه لا يؤثر كالإرث[1] ، لكن لنا صورة يزوج فيها المسلم الكافرة وهو السيد ؛ فإنه يزوج أمته إذا كانا كذلك على الأصح ؛ لأنه يزوجها بالملك ، وإن قلنا بالولاية . . فلا[2] .

وكذلك السلطان في نساء أهل الذمة إذا لم يكن لها ولي خاص ، أو كان لها ولي وعضلها[3] .

والمرتد ليس له ولاية علىٰ أحد .

ولا يزوج كافر مسلمة إلا أمته وأم ولده علىٰ وجه قاله الفوراني .

ولو كان لنصرانية أخ يهودي وأخ نصراني وأخ مجوسي . . استووا في الولاية عليها كما يشتركون في ميراثها ، وهل للقاضي أن يزوج المجوسية المجبرة؟ فيه وجهان في « طبقات العبادي » : عن أبي بكر الفارسي الجواز ، وعن أبي بكر المروزي المنع .

= وبالعكس ، قال : وذو العهد كالذمي على الأصح) .

(١) في هامش (ز) : (وفي « التتمة » : إن قلنا الكفر ملة واحدة . . زوج ، أو ملل . . فلا ، وصحح ابن يونس المنع ، وقال في « المهمات » : يحسن المنع في المجبرة دون غيرها ؛ بناء علىٰ أن شرط المجبر أن لايكون عدواً للمجبرة) .

(٢) في هامش (ز) : (ولو كانت مجوسية أو وثنية . . فيزوجها سيدها كما تناوله إطلاق « التنبيه » و « الحاوي » ، وهو ما صححه الشيخ أبو علي ، وصرح به البارزي تبعاً لـ« التعليقة » في المجوسية ، وصحح البغوي المنع) .

(٣) في هامش (ز) : (واستثنىٰ في « الروضة » من زياداته صورة ثالثة : وهو تزويج أمة موليته ، وتستثنىٰ رابعة : وهي تزويج الكافرة المملوكة لمحجوره المسلم وكان المزوج أباً أوجداً كما هو معروف في موضعه) .

وَإِحْرَامُ أَحَدِ ٱلْعَاقِدَيْنِ أَوِ ٱلزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ ٱلنِّكَاحِ ، . . . .

قال : (**وإحرام أحد العاقدين أو الزوجة يمنع صحة النكاح**)[1] ؛ لأن المحرم مسلوب العبارة في عقد النكاح استقلالاً وولاية ووكالة في كل من طرفي الإيجاب والقبول ، سواء كان في حج أو عمرة ، صحيحاً كان أو فاسداً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب »[2] رواه مسلم [١٤٠٩] من حديث عثمان .

وروى الدارقطني [٣/٢٦١] عن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتزوج المحرم ولا يزوج » .

وروىٰ مالك [١/٣٤٩] : أن عمر رد نكاح رجل تزوج وهو محرم .

وروى البيهقي [٥/٦٦] عن سعيد بن المسيب : أن رجلاً تزوج وهو محرم . . فأجمع أهل المدينة علىٰ أنه يفرق بينهما .

فمذهب الشافعي : أنه يحرم على المحرم عقد النكاح ، ولا يصح منه ، ولا فدية ؛ لعدم حصول المقصود ، وبه قال مالك وأحمد ، ويفرق بينهما بغير طلاق .

وقال أبو حنيفة والثوري : يصح نكاح المحرم ولا يحرم .

لنا : الآثار المتقدمة .

واحتج المخالف بما روى الشيخان [خ ١٨٣٧ـ م ١٤١٠] عن ابن عباس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم) .

---

(١) في هامش (ز) : (وكان ينبغي أن يقول عوض الزوجة : أو أحد الزوجين ؛ فإن الظاهر : أنه لو أحرم [الصبي] بإذن وليه [الحلال] أو العبد بإذن سيده الحلال فعقد [على ابنه أو عبده] جبراً . . لم يصح .

وتعبيره بـ« العاقدين » صريح في أن الزوج ليس بمعقود عليه ، وفيه خلاف حكاه الرافعي في الطلاق) .

(٢) في هامش (ز) : (كما لايصح نكاح المحرم . . لا يصح إذنه لعبده الحلال في النكاح ، ولا إذن المحرمة لعبدها على الأصح في « شرح المهذب ») .

وَلاَ يَنْقُلُ ٱلْوِلاَيَةَ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَيُزَوِّجُ ٱلسُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ ٱلْوَلِيِّ ، لاَ ٱلأَبْعَدُ .

وجوابه : أنه روي عن ابن عباس أيضاً : أنه تزوجها وهو حلال فتعارضا وسقطا ، وروىٰ مسلم [١٤١١] وغيره عنها : أنها قالت : (تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم ونحن حلالان بسرف) .

وقال أبو رافع : تزوجها وهو حلال ، وكنت السفير بينهما ، حسنه الترمذي [٨٤١] ، وقال سعيد بن المسيب : وهم ابن عباس فيه ، وعند الخصم : أن الراوي إذا وهمه بعض السلف . . لم يعمل بروايته ، وأيضاً ابن عباس إذ ذاك كان ابن ست سنين ، وإن سلم . . فذاك من خواصه ، أو يكون معنىٰ قوله : (وهو محرم) أي : في الحرم أو في الشهر الحرام كقول الشاعر [من الكامل] :

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً ودعا فلم أر مثله مخذولاً

أو أنه كان يرىٰ أن من قلد هديه أو أشعره . . صار محرماً فيحتمل أن يكون رأى النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك .

وقال ابن عبد البر : رواية : (أنه تزوجها وهو حلال) تواترت عن ميمونة ، قال : ولا أعلم أحداً من الصحابة وافق ابن عباس علىٰ رواية أنه كان محرماً .

وسواء في ذلك الإحرام الصحيح والفاسد .

وقيل : لا يمنع الفاسد[١] ، وينعقد بشهادة المحرم على الصحيح ، وتصح الرجعة في الإحرام على الأصح ، ومن فاته الحج . . لا يصح نكاحه قبل التحلل على الأصح في زوائد « الروضة » ؛ لأنه محرم .

قال : (**ولا ينقل الولاية في الأصح**) ؛ لبقاء الرشد والنظر .

والثاني : ينقلها إلى الأبعد كالجنون ، فلا ينتظر تحلله ولو بقيت له ساعة ، كما لا ينتظر بلوغ الصبي باستكمال السن وعتق العبد بوجود الصفة وإن بقيت له ساعة ، لا جرم قال في « المطلب » : هـٰذا هو الذي يظهر رجحانه .

قال : (**فيزوج السلطان عند إحرام الولي ، لا الأبعد**) كما لو غاب .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (هـٰذا تقدم ، لـٰكن أعاده لحكاية الوجه) .

قُلْتُ : وَلَوْ أَحْرَمَ ٱلْوَلِيُّ أَوِ ٱلزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ ٱلْحَلَالُ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

قال : (**قلت : ولو أحرم الولي أو الزوج فعقد وكيله الحلال . . لم يصح والله أعلم**) إذا وكل حلال حلالاً بالتزويج ثم أحرم أحدهما أو أحرمت المرأة . . ففي انعزال الوكيل وجهان : أصحهما : لا ينعزل ، حتىٰ يجوز له التزويج بعد التحلل بالوكالة السابقة .

وهل له التزويج قبل تحلل الموكل؟ المعروف في المذهب ما قاله المصنف من عدم الصحة ، ونقل الغزالي في « الوجيز » فيه وجهاً لا يعرف لغيره ، قال الشيخ : ومأخذه من جهة المعنىٰ ظاهر ؛ فإن الإحرام على الصحيح ليس بسالب ، بل منزل منزلة الغيبة كما صرح به القاضي حسين .

ووكيل الغائب إذا زوج في زمن غيبته . . يصح إذن المرأة في حال إحرامها كالتوكيل في النكاح .

ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج . . صح على الأصح ؛ لأنه سفير محض ليس إليه في العقد شيء .

ولا خلاف أن وكيل المصلي يزوج ، بخلاف وكيل المحرم ؛ لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلي صحيحة ، حتىٰ لو زوجها في صلاته ناسياً . . صح النكاح والصلاة .

فرع :

هل للإمام أوالقاضي أن يزوج بالولاية العامة في الإحرام؟ فيه ثلاثة أوجه :

أصحها : لا .

وصحح في « المرشد » الجواز .

وثالثها : يجوز للإمام ولا يجوز للقاضي ؛ لأن ولاية الإمام أعم ، وجميع القضاة خلفاؤه ، وفي منعه من ذلك ذريعة إلىٰ منع سائر خلفائه .

وإذا امتنع على الإمام والقاضي التزويج في حالة الإحرام فهل لنوابهم المحلين التزويج؟ فيه في « حلية الشاشي » وجهان .

قال الشيخ : والذي تلخص أن نائب الإمام يعقد ونائب القاضي كالوكيل فلا يعقد .

قال : (**ولو غاب الأقرب إلىٰ مرحلتين . . زوج السلطان**) ؛ لأن الغائب ولي والتزويج حق عليه ، فإذا تعذر استيفاؤه منه . . قام السلطان مقامه كما لو عضل ، وتزويجه في هـٰذه الحالة وحالة العضل وحالة التشاجر بطريق النيابة لا بطريق الولاية ؛ لأن الولي لم يخرج عن ولايته ، وولايته ثابتة مع غيبته بدليل أنه لو زوج في غيبته . . صح[1] .

وإن كان له وكيل . . لم ينعزل ، ويصح تزويجه في غيبته بشرطه الآتي ، والذي ذكره المصنف هو المشهور ، وحكي عن ابن سريج : أن الغيبة تنقل الولاية للأبعد كالجنون ، وهو بعيد .

وفرق القاضي أبو حامد بين الملوك والأكابر فاعتبر مراجعتهم ، والتجار وأوساط الناس فلم يعتبره .

وصورة المسألة : أن يعرف مكانه[2] ، فإن لم يعرف أو لم يعرف موته وحياته . . زوجها السلطان ؛ لأن نكاحها قد تعذر من جهته ، فإذا انتهى الأمر إلىٰ غاية يحكم فيها بموته وقسم تركته . . فلا بد من نقل الولاية إلى الأبعد[3] .

وقال أبو حنيفة وأحمد : إن كانت الغيبة منقطعة ـ وهي التي لا تصل القوافل إليها في السنة إلا مرة ـ نقلت الولاية إلى الأبعد ، ومذهب مالك كمذهبنا .

---

(١) في هامش (ز) : (فينازع بما جاء في الفرع الثاني الآتي قريباً ، فتأمله وقد يجاب) .

(٢) في هامش (ز) : (وأمكن الوصول إليه) .

(٣) في هامش (ز) : (فإن لم يعرف مكانه أو عرف ولم يمكن الوصول إليه لخوف الطريق أو فتنة . . ففي « الجيلي » عن « الحلية » : أنه يجوز له التزويج بدون مراجعة في الأصح .
قال في « الكفاية » : ويعضده ماحكيته عن الأصحاب في « الوديعة » : أن تعذر الوصول إلىٰ مالكها بمثل هـٰذا السبب عند إرادة المودع سفراً بمنزلة ما إذا كان مالك الوديعة مسافراً) .

. . . .

تنبيه :

إنما يزوج القاضي إذا لم يكن للغائب وكيل حاضر ، فإن نصب وكيلاً في تزويج موليته . . امتنع على القاضي أن يزوج ؛ لأن الاستنابة المنصوص عليها أولىٰ من الشرعية ، كذا ذكره ابن سراقة في « التلقين » ، والعبادي في « أدب القضاء » ، وجزم به في « البحر » ، وفي « اللطيف » لابن خيران ، وبه جزم الشيخ تبعاً لشيخه ابن الرفعة ثم قال : وهـٰذا لا يخفىٰ أن محله إذا كان مجبراً ، أو كانت قد أذنت له وهو غير مجبر .

ويندب للحاكم أن يحضر عصباتها أو يستأذنهم أو يرد العقد إليهم ؛ ليخرج من الخلاف .

فرع :

في « فتاوى البغوي » : أن القاضي إذا زوج من غاب وليها ثم حضر بعد العقد بحيث يعلم أنه كان قريباً للبلد عند العقد . . تبين بذلك أن النكاح لم يصح ، وفي « فتاوى القفال » و« القاضي » نحوه .

فرع :

زوج الحاكم في غيبة الولي ، ثم قدم وقال : كنت زوجتها في الغيبة . . قال الأصحاب : يقدم نكاح الحاكم .

ولو باع عبد الغائب في دينه فقدم وقال : كنت بعته في الغيبة . . نص الشافعي رضي الله عنه علىٰ أن بيع المالك مقدم ، والفرق : أن السلطان في النكاح كولي آخر .

ولو كان لها وليان فزوجها أحدهما في غيبة الآخر فقدم الغائب وقال : كنت زوجتها . . لم يقبل إلا ببينة ، وهو في البيع نائب عن المالك فأشبه الوكيل ، والوكيل لو باع بحضرة الموكل وقال : كنت بعته . . صدق بيمينه .

والخلاف يجري فيما لو ادعىٰ أنه أعتقه أو وقفه .

والأصح في دعوى العتق ما حكاه الرافعي في اللقطة : قبول قوله .

قال : (**ودونهما . . لا يزوج إلا بإذنه في الأصح**) ؛ لأن الغيبة في المسافة القصيرة كالإقامة ، ولو كان مقيماً في البلد . . لم يزوجها الحاكم ، فكذلك هنا .

والثاني : يزوج ؛ لئلا تتضرر بفوات الكفء الراغب كالمسافة الطويلة .

والثالث : إن كان فوق مسافة العدوىٰ زوج أو دونها استؤذن .

فرع :

الأصح : تصديق المرأة في غيبة وليها ، ولا يشترط شهادة خبيرين بالباطن ، وأما قول الشافعي رضي الله عنه : لا يزوج السلطان من ادعت غيبة وليها حتىٰ يشهد اثنان بذلك ، وأنها خلية من زوج وعدة . . فمحمول على الندب ، وقال الشيخ عز الدين في « الفتاوى الموصلية » : تعتمد إن كانت موثوقاً بها ، فإن كانت متهمة أو مجهولة . . لم تزوج حتىٰ تثبت بالبينة الشرعية دون المجاهيل والفساق ، وإن عجزت عن ذلك لكونها غريبة . . حلفت وزوجت .

فلو ألحت في الطلب ورأى التأخير . . فوجهان أطلقهما في « الروضة » ، وعبارة الرافعي : وجهان رواهما الإمام عن الأصوليين .

والذي في « النهاية » : أن هـٰذا لا ينتهي إليه كلام الفقهاء ، وإنما اختلف فيه أرباب الأصول ، فذهب قدوتنا في الأصول إلىٰ أنها تجاب[1] ، وذهب القاضي أبو بكر الباقلاني إلىٰ مقابله . اهـ

ومراده بقدوتنا : الشيخ أبو الحسن الأشعري رضي الله عنه ، فإطلاق « الروضة » وجهين يوهم أنهما للأصحاب ، وليس كذلك ، إلا أن يكون نقلهما من خارج وهو بعيد .

قال الشيخ : وينبغي أن يقال : إن القاضي إذا أداه اجتهاده إلىٰ أن مصلحة المرأة

---

(١) في (م) : (لا تجاب) .

تفوت بالتأخير . . وجبت المبادرة ، أو أن المصلحة التأخير . . تعين ، فإن استوىٰ الحال أو أشكل . . فهو موضع تردد .

ومما تعم به البلوىٰ : أن تحضر امرأة إلىٰ قاضٍ تطلب تزويجها وتقول : كنت زوجاً لفلان فطلقني وانقضت عدتي أو مات . . فعن القاضي حسين ـ كما نقله عنه البغوي في « فتاويه » ـ : لا تزوج حتىٰ تقيم حجة علىٰ طلاقه أو موته ؛ لأنها أقرت بالنكاح لفلان .

وفي « أدب القضاء » للزبيلي : أنه يسمع قولها ولا يمين عليها ولا بينة ؛ لأنها مالكة لأمرها بالغة عاقلة ، فلا تمنع التصرف في نفسها بعقد التزويج ، فإن كانت صادقة . . فذاك ، وإن ورد زوجها وادعىٰ عدم الطلاق وحلف . . فسخنا النكاح و رددناها إليه بعد العدة إن كان الزوج دخل بها .

فإن كان الزوج في البلد وليست بغريبة وادعت الطلاق أو الموت . . فلا يعقد القاضي إلا ببينة ، قال الشيخ : ولا مخالفة بين كلام البغوي[(١)] والزبيلي ، فكلام البغوي فيما إذا ذكرت زوجاً معيناً ، وكلام الزبيلي في الزوج المجهول[(٢)] .

قال : (**وللمجبر التوكيل في التزويج بغير إذنها**) كما له مباشرة العقد بنفسه ، هـٰذا هو الأصح المنصوص .

وفي وجه ـ حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد ـ : يشترط إذنها ، فعلىٰ هـٰذا : إن كانت صغيرة . . امتنع التوكيل بتزويجها ، وعلى الصحيح يندب للولي استئذانها ، ويكفي السكوت .

وسكت المصنف عن شرط الوكيل هنا ؛ استغناء بما ذكره في (كتاب الوكالة) وشرطه : أن يصح كونه ولياً .

---

(١) في هامش (د) : (أي : الذي نقله عن القاضي) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (عبارة الشيخ : وهـٰذا الذي قاله البغوي أولىٰ مما قاله الزبيلي من قبول قولها إذا ادعت الطلاق أو الموت ، أو يجمع بينهما بحمل كلام البغوي علىٰ ما إذا أقرت لمعيَّن ، وكلام الزبيلي علىٰ ما إذا أقرت لغير معيَّن) .

وَلاَ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ ٱلزَّوْجِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيَحْتَاطُ ٱلْوَكِيلُ فَلاَ يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ . . . .

قال : (**ولا يشترط تعيين الزوج في الأظهر**) ؛ لأنه يملك التعيين في التوكيل ، فيملك الإطلاق كما في البيع وسائر التصرفات ، وشفقته تدعوه إلىٰ أن لا يوكل إلا من يثق به .

والثاني : **يشترط** ؛ لاختلاف الأغراض باختلاف الأزواج ، ويجريان في إذنها للولي أن يزوجها ولم تعين له زوجاً[1] .

فإن قيل : في زوائد « الروضة » في (باب الوكالة) : إذا وكله أن يزوجه امرأة ، ففي اشتراط تعيينها وجهان : الأصح : الاشتراط ، وصحح هنا أنه لا يشترط تعيين الزوج ، بل يصح ويحمل على الكفء بمهر المثل . . فالجواب : أن اعتناء الولي بدفع العار جوز إطلاق الإذن ، بخلاف الأجنبي .

ولا يشترط في التوكيل في التزويج ذكر المهر ، لـٰكن لو سمت قدراً . . لم يصح التزويج بدونه بغير إذنها ، كما لو قال : زوجها في يوم كذا أو في المسجد فخالف . . لم يصح ، وكذا لو قال الولي لرجل : زوج ابنتي من فلان علىٰ أن يضمنه فلان أو يرتهن بمهرها كذا فزوجها من غير ضمان ولا رهن . . لم يصح على المذهب كما في البيع .

ولو وكل رجلاً بتزويج ابنته فزوجها وبان موت الأب ولم يدر أكان بعد الموت أو قبله . . فوجهان : أصحهما : صحة العقد ؛ بناء علىٰ تقابل الأصلين .

قال : (**ويحتاط الوكيل فلا يزوج غير كفء**) هـٰذا واجب عليه ، فإن زوجها بغير كفء . . لم يصح في الأصح .

---

(١) في هامش (ز) : (ومحلهما : إذا أطلقت الإذن للولي أو كان مجبراً ، فأما إذا عينته لغير المجبر . . فليعينه الولي للوكيل ، فإن لم يفعل وزوج من غيره . . لم يصح ، وإن اتفق التزويج منه . . فالأظهر المنع أيضاً .

وظاهر كلامهم : طروء الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة ، قال الإمام : والقياس تخصيصهما بمن لم ترض ، وإلا . . لم يشترط ، وقال البلقيني : بل القياس الإطلاق ؛ لأن المعنى المقتضي للتعين اختلاف الرغبات بالنسبة إلى الأشخاص ، وذلك لا يختلف باللغو وغيره) .

وَغَيْرُ ٱلْمُجْبِرِ إِنْ قَالَتْ لَهُ : وَكِّلْ . . وَكَّلَ ، وَإِنْ نَهَتْهُ . . فَلاَ ، وَإِنْ قَالَتْ : زَوِّجْنِي . . فَلَهُ ٱلتَّوْكِيلُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ ٱسْتِئْذَانِهَا فِي ٱلنِّكَاحِ . . لَمْ يَصِحَّ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

وقيل : يصح ولها الخيار ، فإن كانت صغيرة . . خيرت إذا بلغت .

ولو خطبها كفآن وأحدهما أشرف فزوج الآخر . . لم يصح ؛ لأنه خلاف الاحتياط الواجب عليه .

قال : (**وغير المجبر إن قالت له : وكل . . وكل**) هـٰذا لا خلاف فيه ، وشمل كلام المصنف مسألتين :

إحداهما : قالت : زوجني ووكل . . فله كل منهما .

والثانية : اقتصرت علىٰ قولها : وكل بتزويجي . . فله ذلك ، وهل له أن يزوجها؟ فيه وجهان : أصحهما : نعم ؛ لأنه يبعد منعه مما له التوكيل فيه .

ولو رجعت عن الإذن بعد التوكيل . . بطلت الوكالة .

قال : (**وإن نهته . . فلا**) ؛ لأنه غير مستقل ، وادعى الإمام والبغوي : أنه لا خلاف فيه أيضاً .

قال : (**وإن قالت : زوجني . . فله التوكيل في الأصح**) ؛ لأنه متصرف بالولاية ، فأشبه الوصي والقيم يتمكنان من التوكيل بغير إذن ، بل أولىٰ منهما ؛ لأنهما نائبان ، وهو ولايته أصلية بالشرع ، وإذنها في التزويج شرط في صحة تصرفه وقد حصل .

والثاني: لا وهو قول ابن أبي هريرة؛ لأنه يتصرف بالإذن فلا يوكل إلا بالإذن كالوكيل.

قال : (**فلو وكل قبل استئذانها في النكاح . . لم يصح على الصحيح**) ؛ لأنه لا يملك التزويج بنفسه ، فلأن لا يملك التوكيل فيه إلا بإذن أولىٰ .

والثاني : يصح ؛ لأنه يلي تزويجها بشرط الإذن ، فله تفويض ما له لغيره ، فعلىٰ هـٰذا : يبقىٰ موقوفاً على الإذن ، فإن أذنت له . . صح ، ولو كانت أذنت له ولم يعلم فوكل . . فتنبغي الصحة كتصرف الفضولي ، وتستثنىٰ هـٰذه من إطلاقهم[1] .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (الذي يظهر تخريجها على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه علىٰ ظن=

وَلْيَقُلْ وَكِيلُ ٱلْوَلِيِّ : زَوَّجْتُكَ بِنْتَ فُلاَنٍ ، وَلْيَقُلِ ٱلْوَلِيُّ لِوَكِيلِ ٱلزَّوْجِ : زَوَّجْتُ بِنْتِي فُلاَناً ، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ : قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لَهُ . . . .

وعلى المذهب : يستثنىٰ ما لو لم يكن لها ولي سوى الحاكم فأمر رجلاً بتزويجها قبل استئذانها . . فالأصح صحته ؛ بناء علىٰ أن استنابته في شغل معين استخلاف ، وهو الأصح[1] .

فرع :

قالت : أذنت لك في تزويجي ولا تزوجني بنفسك . . قال الإمام : قال الأصحاب : لا يصح هـٰذا الإذن ؛ لأنها منعت الولي وجعلت التفويض للأجنبي ، فأشبه الإذن للأجنبي ابتداء .

قال : (**وليقل وكيل الولي : زوجتك بنت فلان**) مقصوده : بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح ، فإذا كان يزوج وكيل الولي من الخاطب فيقول : زوجت بنت فلان منك . . فيصح ؛ لحصول الغرض المقصود ، ولا يحتاج إلىٰ تصريح بوكالة ولا بإشهاد ، لـٰكن يشترط ـ كما قال المتولي ـ علم الزوج بالوكالة[2] ، فإن لم يعلم . . اشترط التصريح بها .

وأفاد بقوله : (بنت فلان) جواز الاقتصار على الاسم ، وقال الجرجاني : لا بد من ذكر صفتها والرفع في نسبها إلىٰ أن ينفي الاشتراك .

قال : (**وليقل الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي فلاناً**) يعني موكله (**فيقول وكيله : قبلت نكاحها له**) فلو لم يقل له . . فعلى الوجهين المذكورين فيما إذا قال

= حياته فبان ميتاً .

وأما قول الشارح : « فتنبغي الصحة كتصرف الفضولي » أي : الذي بان مالكاً لا الذي لم يظهر كونه مالكاً ؛ فإن تصرفه باطل ، ولايستثنىٰ من إطلاقهم ؛ لوجود الإذن وليس الشرط الاستئذان) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (هـٰذه لا تستثنىٰ ؛ لأنه استخلاف لا توكيل) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (ينبغي أن لا يشترط علم الزوج بالوكالة ، ويكتفىٰ بكونه وكيلاً في نفس الأمر كما لو باع مال أبيه علىٰ ظن حياته فبان ميتاً) .

الزوج : قبلت ، ولم يقل : نكاحها ولا تزويجها .

ولو قال : زوجت بنتي منك ، فقال : قبلت نكاحها لفلان . . لم ينعقد ، وإن قال : قبلت نكاحها . . وقع العقد للوكيل ، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية .

وأفهم قوله : (فيقول) أنه لا يجوز تقديمه علىٰ إيجاب الولي ، والمعروف جوازه كما تقدم[1] .

وإذا جرى النكاح بين وكيلين فقال وكيل الولي : زوجت فلانة فلاناً ، فقال وكيل الزوج : قبلت نكاحها لفلان . . صح .

وفي البيع : يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري : بعتك ، ويقول الوكيل : اشتريت ، وينوي موكله فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه ، وفرقوا بينهما بوجهين :

أحدهما : أن الزوجين كالثمن والمثمن ولا بد من تسميتهما .

والثاني : أن البيع يرد على المال وهو قابل للنقل من شخص إلىٰ شخص ، والنكاح يرد على البضع وهو لا يقبل النقل ، ولهـٰذا لو قبل النكاح بوكالة لزيد فأنكرها زيد . . لم يصح العقد ، ولو اشترىٰ لزيد بوكالة فأنكرها . . صح الشراء للوكيل .

قال : (**ويلزم المجبر[2] تزويج مجنونة بالغة[3] ومجنون ظهرت حاجته**)[4] .

أما المجنونة . . فحاجتها اكتساب المهر والنفقة ، وقد يكون جنونها لشدة الشبق ، وحاجة المجنون تظهر بأمارات التوقان ، أو توقع الشفاء بقول عدلين من الأطباء ، أو

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (هـٰذه وقع فيها تناقض ؛ ففي البيع : أن القبول ما لا يتأتى الابتداء به كقوله : قبلت وناقضه هنا ، فجوز أن يقول الوكيل ابتداء : قبلت نكاح ابنتك لموكلي فلان . نبه علىٰ ذلك في « المهمات ») .

(٢) في هامش (ز) : (واحترز بـ« المجبر » عن غير الأب والجد ؛ فإنه لا يلزمهما ، بل لايجوز إلا للحاكم) .

(٣) في هامش (ز) : (وقد ذكر المصنف مسألة المجنونة بعد في فصل بعبارة سالمة فقال : « ويزوج المجنونة أب أو جد . . . إلخ ») .

(٤) في هامش (ز) : (قوله : « ومجنون ظهرت حاجته » يرد عليه : أن محله في المطبق ؛ فإن الحاكم يزوجه عند فقد الأب والجد) .

عدم متعهد محرم إن زاد ثمن أمة ومؤنتها علىٰ مؤن النكاح ، نص عليه ، واستشكله الرافعي بأن الزوجة لا يلزمها خدمته ، فربما تمتنع أو لا تفي إن وعدت[1] .

ولا يقبل قوله في الحاجة من غير ظهور أمارة ، وكان ينبغي للمصنف أن يقول : حاجتهما ؛ فإنه لا فرق بينهما .

وفي المجنون وجه : أن توقع الشفاء لا يكفي .

واشتراط المصنف البلوغ في المجنونة إنما ذكره لأنه محل الحاجة ، ولم يذكره في المجنون اكتفاء بما قبله وما بعده في الدلالة عليه .

قال : (**لا صغيرة وصغير**) فلا يجب تزويجهما ؛ لعدم الحاجة إليه في الحال ، فلو ظهرت الغبطة في تزويجهما . . ففي الوجوب احتمال للإمام ، كما إذا طلب ماله بزيادة . . يجب البيع ، والوجوب في الصغير أبعد ؛ للزوم المؤن .

والمراد بـ(الصغيرة) : البكر الصغيرة ؛ فإن الثيب لا تزوج[2] .

قال : (**ويلزم المجبر وغيره إن تعين**)[3] كأخ واحد أو عم واحد (**إجابة ملتمسة التزويج**) كالقضاء وأداء الشهادة ، وقيل : لا يلزم المجبر ؛ لأن المجبر لا يجبر ، والصحيح الأول ، واستشكله الحنفية علينا فقالوا : لو كانت البكر مجبرة للأب . . ما ملكت جبره .

وأجاب الأصحاب بأن الغرض في النكاح إعفافها ، فإذا أعربت عن حاجتها . . وجب على الناظر في أمرها رعاية مصلحتها ، وإنما يكون ذلك بعد بلوغها ، وكذلك

---

(١) في هامش (ز) : (وأجاب بعضهم بأن طبعها يدعو إلىٰ خدمته .
ثم هـٰذا كله في المطبقة ، فلو كان جنوناً متقطعاً . . فلا تزوج حتىٰ تفيق فتأذن ، ويشترط وقوع العقد حال الإفاقة) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : إذا كانت عاقلة ، فإن كانت مجنونة . . زوجها الأب ثم الجد) .

(٣) في هامش (ز) : (قوله : « إن تعين » قيد لمحل الوفاق ؛ فإن الحاكم كذلك إذا لم يتعين كما سيأتي لـٰكن فيه خلاف) .

فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ وسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ . . لَزِمَهُ ٱلإِجَابَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

المعصر في وجه ، وإنما يلزمه إذا عينت كفءاً وطلبت التزويج منه كما أفهمه كلام الرافعي[1] .

قال : (**فإن لم يتعين كإخوة وسألت بعضهم . . لزمه الإجابة في الأصح**) ؛ لئلا يتواكلوا فيتعطل الحق ، وهما كالوجهين في الشهود إذا كانوا في واقعة وطلب من اثنين منهم الأداء ، فإذا امتنع الجميع . . زوج السلطان بالعضل .

وعلى الأصح : يأثم المسؤول وحده ، وعلىٰ مقابله : يأثم الجميع كفرض الكفاية ، وقيل : لا إثم ؛ لحصول المقصود بالسلطان .

فرع :

إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصداق من مال الابن ، فإن كان عيناً . . فذاك ، ولا تعلق له بالأب ، وإن كان ديناً . . فالقديم : أن الأب ضامن للمهر بالعقد ، والجديد : لا يكون ضامناً إلا أن يضمن صريحاً ، كما إذا اشترىٰ لطفله شيئاً . . فإن الثمن عليه لا على الأب .

وإذا قلنا بالجديد فتبرع الأب بالأداء . . لم يرجع ، وكذا لو ضمن صريحاً وغرم ، فقصد الرجوع هنا ينزل منزلة إذن المضمون عنه ، فإن ضمن علىٰ قصد الرجوع وعزم علىٰ قصد الرجوع . . يرجع ، وإلا . . فعلى الخلاف فيما إذا ضمن بغير إذن ، وأدىٰ بغير إذن .

وإذا قلنا بالقديم فغرم . . قال الشيخ أبو علي : لا يرجع به على الابن ، كما لا ترجع العاقلة على الجاني ، ويحكىٰ مثله عن القاضي حسين ، واعترضه الإمام بأن الأب نصب للتصرف ورعاية المصلحة للابن فكيف يكون طريقاً للضمان وليس كذلك العاقلة؟!

ولو شرط الأب أن لا يكون ضامناً . . فعن القاضي أنه يبطل العقد على القديم ،

---

(١) في هامش (ز) : (وإطلاق « الوسيط » يشمل الوجوب وإن لم تعين كفءاً) .

. . . .

قال الإمام : وهـٰذا وهم من الآخذين عنه ؛ فإن النكاح لا يفسد بمثل ذلك ، ولعله قال : يبطل الشرط ويلزم الضمان .

فرعان ـ ذكرا هنا استطراداً ؛ لتعلقهما بالنظر والمصلحة ـ :

أحدهما : يجب على الولي حفظ مال الطفل وصونه عن أسباب التلف ، قال الإمام والغزالي والرافعي : وعليه استنماؤه بما يصونه عن ذهابه في النفقة والزكاة ومؤن حفظه إن أمكن ذلك ، وقال العراقيون : إن ذلك مستحب .

قال الشيخ : وغالب الاستنماء بأحد شيئين :

إما معاملة بحيلة ، وفيها شبهة ينبغي للولي أن لا يفعلها ؛ لأن رعاية مصلحة الصبي في الآخرة أولىٰ من رعاية مصلحته في الدنيا ، ومن مصلحته في الآخرة إطعامه الحلال الخالص عن الشبهة .

الطريق الثاني : شراء ما فيه ربح ، وهو جيد لـٰكنه كثيراً ما يكسد ، فإن فرض طريق خال عن الضرر الأخروي والدنيوي . . وجب أو استحب ، وإلا . . فالواجب الحفظ .

قال الأصحاب : ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء ، والنهاية فيه بحيث يكد نفسه ، وينبغي أن يحرص علىٰ معاملة من ماله حلال موثوق به مأمون ، ويراعي المصلحة والغبطة في البيع له والشراء .

الثاني : إذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه . . رفع الأمر إلى القاضي لينصب قيماً بأجرة ، وله أن ينصب بنفسه ، ذكره الإمام .

ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة علىٰ عمله . . فالذي يوافق كلام الجمهور : أنه لا يجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً ، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه . . فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في (الحجر) .

وللإمام احتمال قطع به الغزالي : أنه يفرض له أجرة ، وعلىٰ هـٰذا : لا بد من تقرير القاضي ، وليس له الاستقلال به ، هـٰذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل ، فإن وجد متبرع وطلب الأب الأجرة . . فوجهان :

وَإِذَا ٱجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ . . ٱسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ ، .

أصحهما : أنه لا يثبتها له .

والثاني : يثبتها ؛ لزيادة شفقته كما تقدم الأم في الرضاع في قول على المتبرعة .

قال : (**وإذا اجتمع أولياء في درجة**) والحال أنها أذنت لكل منهم منفرداً ، أو قالت : أذنت في فلان فمن شاء منكم فليزوجني منه .

قال : (. . **استحب أن يزوجها أفقههم**) ؛ لأنه أعلم بشرائط العقد ، والمراد : الأفقه في هٰذا الباب .

قال : (**وأسنهم**) ؛ لأنه أخبر بالأمور لكثرة تجاربه ، وفي الحديث : « كبر كبر »[1] وجعل في « الشرح » و« الروضة » الورع بينهما ، فيندب أن يعقد الأفقه ثم الأورع ثم الأسن برضا الباقين .

قال : (**برضاهم**) ؛ لتجتمع الآراء ، ولئلا يتأذىٰ بعضهم باستئثار بعض .

ومن قوله : (برضاهم) يعلم أنه غير شرط ، فلو زوجها غير الأفضل برضاها . . صح ، ولا اعتراض لهم إذا زوجها بكفء ، فإن كان بغير كفء . . لم يجز حتىٰ يجتمعوا ، فلو أذنت لواحد . . لم يزوج غيره ، ولو قالت : زوجوني . . اشترط اجتماعهم في الأصح .

ولو قالت : رضيت بفلان زوجاً أو رضيت أن أزوج . . فوجهان :

أحدهما : ليس لأحد تزويجها ؛ لأنها لم تأذن لجميعهم إذناً عاماً ، ولا خاطبت واحداً ، فصار كقولها : رضيت أن يباع مالي .

وأصحهما : يصح ، ولكل واحد تزويجها ؛ لأنهم متعينون شرعاً ، والشرط رضاها وقد وجد .

والذي قاله المصنف مفروض في النسب ، فلو كانوا معتقين . . اشترط اجتماعهم على العقد ، أو يوكلوا فيه واحداً ، فإذا عضل أحد المعتقين أو غاب أو مات ولم يترك عصبة . . زوج الحاكم والمعتق الثاني ، فإن انفرد الحاكم دون المعتق أو المعتق دون

---

(١) جزء من حديث أخرجه البخاري (٣١٧٣) ، ومسلم (١٦٦٩/٢) .

فَإِنْ تَشَاحُّوا . . أُقْرِعَ ، فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ . . صَحَّ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْداً وَٱلْآخَرُ عَمْراً ؛ فَإِنْ عُرِفَ ٱلسَّابِقُ . . فَهُوَ ٱلصَّحِيحُ ، . . . .

الحاكم . . كان باطلاً ؛ لأنه ليس لأحدهما إلا نصف الولاء ، وعصبة المعتق كالأقارب اجتماعاً وانفراداً .

قال : (**فإن تشاحوا . . أقرع**) ؛ قطعاً للمنازعة[1] ، ولا تنتقل الولاية للسلطان .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن تشاجروا . . فالسلطان ولي من لا ولي له » . . فالمراد منه : إذا قال كل منهم للآخر زوجها أنت ، فيصيروا جميعاً عاضلين ، وهاهنا تنازع في التزويج لا تشاجر .

كل هاذا إذا اتحد الخاطب ، فإن تعدد ورغب كل في زوج . . فالتزويج ممن ترضاه المرأة ، فإن رضيتهما وتنازعوا في أحدهما . . أمر الحاكم بالتزويج من أصلحهما[2] ، كذا قاله البغوي ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، لاكن في « الحاوي » و« البحر » و« التتمة » : أنهما عاضلان ويزوج السلطان وهو الذي يتولى القرعة بين الأولياء في التنازع ، صرح به ابن كج ، وقال ابن داوود : السلطان ، فإن أقرع غيره جاز .

قال : (**فلو زوج غير من خرجت قرعته وقد أذنت لكل منهم . . صح في الأصح**) ؛ لأن القرعة لا تسلب ولاية البعض ، إنما تقطع المنازعة .

والثاني : لا يصح ؛ لتظهر فائدة القرعة ، وإلا . . كانت عبثاً ، هاذا إذا زوج بعد القرعة ، فإن زوج قبلها . . صح قطعاً بلا كراهة[3] ، قاله في « الذخائر » .

واحترز بقوله : (وأذنت لكل منهم) عما إذا أذنت لأحدهم فزوج الآخر . . فإنه لا يصح قطعاً ، وكذا لو أذنت للجميع علىٰ وجه الإجمال كما تقدم .

قال : (**ولو زوجها أحدهم زيداً والآخر عمراً؛ فإن عرف السابق . . فهو الصحيح**)[4]

---

(١) في هامش (ز) : (وشرطه أن يأذن جميعهم) .
(٢) في هامش (ز) : (أي : ولا يقرع ؛ لئلا يصير قارعاً بين الزوجين) .
(٣) في هامش (ز) : (لأنه لم يوجد مايميز حق الولاية بغيره) .
(٤) في هامش (ز) : (وقيد الجرجاني الصحة للسابق بما إذا أطلقت الإذن لهما ، فإن عينت =

وَإِنْ وَقَعَا مَعاً أَوْ جُهِلَ ٱلسَّبْقُ وَٱلْمَعِيَّةُ . . فَبَاطِلَانِ ، وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

فيكون الثاني باطلاً دخل بها أم لا ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة زوجها وليان . . فهي للأسبق منهما ، وأيما رجل باع بيعاً من رجلين . . فهو للأول منهما » رواه الأربعة[1] والحاكم [٢/ ١٧٥] وقال على شرط البخاري ، وبهذا قال أكثر العلماء .

وقال مالك : إن وجد نكاح الثاني قبل العلم بالأول واتصل بالدخول . . فهي له ؛ لما روي : أن موسىٰ بن طلحة زوج أخته يزيد بن معاوية بالشام ، وزوجها أخوها يعقوب بن طلحة بالحسن بن علي بالمدينة ، فدخل بها الحسن ـ وهو الثاني من الزوجين ـ ولم يعلم بما تقدم من نكاح يزيد . . فقضىٰ معاوية بنكاحها للحسن بعد أن اجتمع معه فقهاء المدينة فصار حجة علىٰ من سواهم[2] .

وأجاب الأصحاب بعموم ما تقدم ، وبأنه يجوز أن يكون معاوية استنزل يزيد عن نكاحه واستأنف عقداً للحسن عليها ، وبما روى البيهقي عن علي بن أبي طالب : أنه قضىٰ في مثل ذلك بأنها للزوج الأول .

هـٰذا كله إذا كان كل واحد من الزوجين كفءاً ، فإن لم يكونا مكافئين لها . . فلا نكاح ، وإن كان أحدهما غير كفء . . فنكاح الكفء هو الصحيح وإن تأخر ، نص عليه ، وهو محمول علىٰ ما إذا لم يسقطوا الكفاءة .

قال : (**وإن وقعا معاً أو جهل السبق والمعية . . فباطلان**) أما الأولىٰ . . فلا إشكال فيها كما لو نكح أختين في عقد واحد ، وأما الثانية فلأنهما إن وقعا معاً . . تدافعا ، أو مرتباً . . فلا اطلاع على السابق منهما ، وأحكام الشرع إنما تترتب علىٰ ما علمت أسبابه .

قال : (**وكذا لو عرف سبق أحدهما ولم يتعين على المذهب**) فيبطلان ؛ لتعذر

= لأحدهما وأطلقت للآخر . . صح للمعين ؛ أي : سواء تقدم أم تأخر) .

(١) أبو داوود (٢٠٨١) ، والترمذي (١١١٠) ، والنسائي (٧/ ٣١٤) ، وعند ابن ماجه أصل الحديث برقم (٢١٩٠) وليس فيه موضع الاستشهاد .

(٢) عبد الرزاق في « مصنفه » (١٠٦٣٦) .

وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ ٱشْتَبَهَ . . وَجَبَ ٱلتَّوَقُّفُ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ ، . . . .

الإمضاء[1] ، وقيل : قولان : ثانيهما : التوقف كما في الحالة التي بعدها ، فليس لأحدهما الاستمتاع بها ، ولا لثالث نكاحها إلا أن يطلقاها أو يموتا ، أو يطلقها أحدهما ويموت الآخر وتنقضي عدتها من آخرهما موتاً أو طلاقاً .

وإذا قلنا بالبطلان . . ففي الانفساخ باطناً وجهان[2] ، قال في « الروضة » : ينبغي أن يقال : إن فسخ الحاكم . . نفذ باطناً ، وإلا . . فلا .

قال : (**ولو سبق معين ثم اشتبه . . وجب التوقف حتىٰ يتبين**) ؛ لجواز التذكر ، لأنا تحققنا صحة العقد ، والهجوم علىٰ رفعه أو الحكم بارتفاعه لا معنىٰ له ، ولا يبالىٰ بضررها طول عمرها ، كزوجة المفقود والتي انقطع دمها بمرض ؛ فإنها تصبر إلىٰ سن اليأس مع الضرر .

وإذا مات أحد الزوجين . . وقفنا من تركته ميراث زوجة ، ولو ماتت هي . . وقفنا ميراث زوج بينهما حتىٰ يصطلحا أو يتبين الحال .

وفي النفقة حال التوقف وجهان :

أصحهما[3] عند الإمام : أنه لا يطالب واحد منهما بها ؛ لتعذر الاستمتاع .

والثاني ـ وبه أجاب ابن كج ـ : توزع عليهما بحسب حالهما ، على الموسر نصف نفقة الموسرين ، والمعسر نصف نفقة المعسرين ، فإذا ظهر السبق لأحدهما . . رجع عليه الآخر بما أنفقه بإذن الحاكم[4] ، ويظهر أن يرجع عليها وهي ترجع على الزوج بتمام نفقتها عليه[5] ، والمسألة تقدم نظيرها في آخر (اللقيط) ، وتأتي في (العدد) أيضاً .

---

(١) في هامش (ز) : (هـٰذا إذا أيس من زوال الإشكال ، فلو رجيٰ زواله . . وجب التوقف قطعاً ، قاله في « الذخائر ») .

(٢) في هامش (ز) : (أرجحهما عند الماوردي : نعم) .

(٣) في هامش (ز) : (وكلام « الوسيط » يقتضي ترجيحه أيضاً) .

(٤) في هامش (ز) : (إن أنفق بإذن الحاكم . . له الرجوع ، خلافاً لابن المقري) .

(٥) في هامش (د) و(ز) : (الذي يظهر في « الرافعي » : أنه يرجع عليه بما أنفق ، قال أبو عاصم : ويحتمل أن يقال : لا يرجع إلا إذا أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهـٰذا قطع ابن كج . اهـ =

فَإِنِ ٱدَّعَىٰ كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ . . سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى ٱلْجَدِيدِ ـ وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِٱلنِّكَاحِ ـ فَإِنْ أَنْكَرَتْ . . حُلِّفَتْ ، . . . .

قال : (**فإن ادعىٰ كل زوج علمها بسبقه**)[١] أي : بسبق نكاحه (. . **سمعت دعواهما بناء على الجديد وهو : قبول إقرارها بالنكاح**)[٢] ؛ لئلا يتعطل حقاهما ، فإن لم يقبل إقرارها . . فلا تسمع ؛ إذ لا فائدة لذلك .

قال : (**فإن أنكرت . . حلفت**) أنها لا تعلم السابق منهما ، وتحلف يمينين عند البغوي ، قال الشيخ : وهو الأصح ، سواء حضرا وادعيا دفعة واحدة أو مرتين ، وقال القفال والإمام والغزالي وغيرهم : إن حضرا . . كفت يمين واحدة ، لـٰكن اعتبر الإمام رضاهما بها[٣] ، وستأتي الإشارة إلىٰ هـٰذا في (الدعاوىٰ) .

فإن كانت خرساء أو معتوهة أو صبية[٤] ، أو خرست بعد التزويج فأقرت بالإشارة بسبق نكاح أحدهما . . لزمها الإقرار ولا يمين عليها، ويفسخ النكاح على المنصوص[٥] .

= قال السبكي : وقواه ابن الرفعة ؛ لأن الزوج لم يأذن له فكيف يرجع عليه؟! وكلام الرافعي ظاهر في ترجيح الرجوع على الزوج مطلقاً) .

(١) في هامش (ز) : (خرج بذلك :
دعوىٰ أحدهما على الآخر فلا تسمع ، خلافاً للصيدلاني وغيره .
والدعوىٰ على الولي ، مع أنها مسموعة إذا كان مجبراً على الأصح ؛ لما تقدم من إقرار المجبر دون غيره) .

(٢) في هامش (ز) : (كذلك لو ادعىٰ ذلك أحدهما فقط . . كانت دعواه مسموعة ، وهو مفهوم من ذكر المبني عليه وهو قبول إقرارها بالنكاح) .

(٣) في هامش (ز) : (فإن حضر أحدهما وحلفها ثم جاء الآخر . . ففي تحليفها له وجهان جاريان في كل اثنين ادعيا شيئاً واحداً كما قال الرافعي هنا ، وجزم في « اللعان » فيما إذا ادعيا عليه مالاً فأنكر بأن يحلف لكل منهما يميناً ، وكذا في « الدعاوىٰ » ، فإن رضوا بيمين واحدة . . فالأصح عند النووي : المنع) .

(٤) في هامش (د) و(ز) : (ذكر المعتوهة والصبية في هـٰذا الموضع لم يذكره الرافعي ولا النووي ، ولا السبكي في « الشرح » ، وإنما اقتصروا علىٰ ذكر قسمي الخرس ، فذكرهما في هـٰذا الموضع سهو ؛ لأن إقرارهما لا يقبل لا بالإشارة ولا بغيرها) .

(٥) وفي هامش (د) و(ز) : (الذي في « الرافعي » و« الروضة » و« شرح السبكي » : وإلا ـ أي : وإن لم تقر بالإشارة ـ فلا يمين عليها ، والحال حال إشكال حكي عن نصه ، وقول الشارح : =

وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا . . ثَبَتَ نِكَاحُهُ . وَسَمَاعُ دَعْوَى ٱلْآخَرِ وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى ٱلْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ قَالَ : هَـٰذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو ، هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو؟ إِنْ قُلْنَا : نَعَمْ : . فَنَعَمْ . . . .

(**وإن أقرت لأحدهما . . ثبت نكاحه**)[1] ؛ بناء على الجديد ، وهو قبول إقرارها بالنكاح كما تقدم .

قال : (**وسماع دعوى الآخر وتحليفها له ينبني على القولين فيمن قال : هـٰذا لزيد بل لعمرو ، هل يغرم لعمرو؟ إن قلنا : نعم . . فنعم**) وإن قلنا : لا . . فقولان ؛ بناء علىٰ أن يمين المدعي بعد نكول المدعىٰ عليه كالإقرار أو كالبينة ، وفيه قولان يأتيان في (الدعاوىٰ) أظهرهما الأول .

فعلىٰ هـٰذا : لا تسمع دعواه ، لأن غايته أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها ، وهو كإقرارها ولا فائدة فيه .

وإذا تركتَ الأصل المبني عليه واختصرتَ . . قلتَ : يندفع النكاحان ، أو تسلم للأول أو للثاني؟ فيه ثلاثة أوجه : أصحها أوسطها ، فإن سلمت للأول . . غرمت للثاني كما يغرم شهود الطلاق لو رجعوا ، وفيه خلاف مذكور في موضعه .

= ولا يمين عليها ويفسخ النكاح . . سهو) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (يعني : بعد إقرارها لأحدهما سماع دعوى الآخر عليها يبنىٰ على القولين : إن قلنا بالغرم . . تسمع ؛ رجاء أن تقر فتغرم وإن لم تحصل للمدعي الزوجية ، فإن أقرت . . غرمت له ، وإن أنكرت . . عرضت اليمين عليها ، فإن حلفت . . فلا شيء عليها ، وإن نكلت . . ردت اليمين على المدعي ، فإن حلف . . فله تغريمها كما لو أقرت ، وقيل : يندفع النكاحان ؛ لتساويهما في أن مع كل إقراراً ، وحكي هـٰذا عن نصه في القديم .

هـٰذا إذا قلنا : المردودة كالإقرار ، فإن قلنا : كالبينة . . فقيل : يحكم بالنكاح للثاني ؛ لأن البينة تقدم على الإقرار ، وبهـٰذا قطع في « المهذب » ، وقال الصيدلاني وآخرون : الأصح : استدامة النكاح للأول ؛ لأن المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل لا في حق غيرهما ، ثم قال الرافعي : وإذا تركت الأصل المبني عليه واختصرت . . . إلخ . والشارح لم يذكر هـٰذا التفريع ، بل أسقطه ثم قال : وإذا تركت . . . إلخ ، وليس ذلك بجيد) .

وَلَوْ تَوَلَّىٰ طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ٱبْنِهِ بِٱبْنِ ٱبْنِهِ ٱلآخَرِ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . . .

قال : (**ولو تولىٰ طرفي عقد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر . . صح في الأصح**) ؛ لقوة ولايته[1] .

والثاني : لا يصح ؛ لأن خطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم ، وإنما جوزناه له في البيع لكثرة وقوعه .

وقد روى البيهقي مرفوعاً عن أبي هريرة وموقوفاً على ابن عباس [١٤٣/٧] : (أنه لا نكاح إلا بأربعة : خاطب وولي وشاهدين) .

فعلى الصحيح : يشترط الإتيان بشقي الإيجاب والقبول على الأصح ، وقيل : يكفي أحدهما .

وحكوا في البيع وجهاً : أنه يكتفىٰ بالنية ، ولا يأتي هنا ؛ لأن الشاهدين لا اطلاع لهما عليها .

وإن منعنا ، فإن كانت بالغة . . زوجها السلطان بإذنها ، ويقبل الجد للابن ، وإن كانت صغيرة . . وجب الصبر إلىٰ أن تبلغ فتأذن ، أو يبلغ الصغير فيقبل .

وقال المصنف في « نكته » تبعاً لصاحب « البيان » : للمسألة ثلاثة شروط :

أن لا يكون أبو الولد من أهل الولاية .

وأن يكون ابن الابن محجوراً عليه إما لصغر أو جنون أو سفه .

وأن تكون بنت الابن بكراً أو مجنونة .

وشرط ابن معن في « التنقيب » وصاحب « الإستقصاء » أن يقول : وقبلت نكاحها بـ(الواو) ، فإن ترك (الواو) . . لم يصح ، وينبغي طرده في البيع وغيره .

وإذا قلنا : له إجبار عبده الصغير ، وأراد أن يزوجه أمته . . فهو كتولي الجد الطرفين[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (يجوز للولي المجبر توكيل رجلين في تزويج بنت ابنه بابن ابنه) .

(٢) في هامش (ز) : (وفي « البحر » : لو أراد الحاكم تزويج مجنون بمجنونة . . لا نص فيه ، والقياس : أن لا يتولى الطرفين ، ولا يحتمل المذهب غيره) .

وَلاَ يُزَوِّجُ ٱبْنُ ٱلْعَمِّ نَفْسَهُ بَلْ يُزَوِّجُهُ ٱبْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ ، فَإِنْ فُقِدَ . . فَٱلْقَاضِي . فَلَوْ أَرَادَ ٱلْقَاضِي نِكَاحَ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا . . زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ ٱلْوُلاَةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ . . .

قال : (**ولا يزوج ابن العم نفسه**) ؛ لما تقدم في الخبر ، ولأن المعنى الذي جوز للجد أن يتولى الطرفين مفقود فيه .

وقيل : يزوج نفسه ، وهو قوي إذا نصت في الإذن عليه ؛ ففي « البخاري » : أن عبد الرحمـٰن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلي؟ قالت : نعم ، قال : تزوجتك[1] .

وقد يجاب بأنه فعل صحابي معارض بمثله ؛ ففي « سنن أبي داوود » عن عبد الملك بن عمير : أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً أن يزوجه امرأة ، والمغيرة أولىٰ بها منه .

قال : (**بل يزوجه ابن عم في درجته**)[2] ؛ لأن الحق لهما فامتنع الزوج بقي الآخر .

واحترز عمن لا يساويه في الدرجة كابني عم أحدهما لأبوين والآخر لأب ؛ فيزوج الأول بخلاف العكس على المذهب .

قال : (**فإن فقد . . فالقاضي**) ؛ لعموم ولايته .

وقيل : تنتقل الولاية للأبعد ، فلا يزوجه القاضي .

قال : (**فلو أراد القاضي نكاح من لا ولي لها . . زوجه من فوقه من الولاة**) وكذا من هو مثله في بلده أو غيرها ؛ لأن كل حاكم هي في بلده له أن يزوجها .

قال : (**أو خليفته**) ؛ لأن حكمه نافذ عليها[3] ، كذا جزم به الأصحاب ، وحاول ابن الرفعة تخريج وجه فيه إذا قلنا : ينعزل بموته .

---

(١) أخرجه في النكاح ، باب : إذا كان الولي هو الخاطب ، تعليقاً .

(٢) في هامش (ز) : (بالولاية لابالنيابة كما قاله البغوي في « فتاويه » ؛ لأن فعل النائب فعل المنوب عنه وهو لا يزوج من نفسه) .

(٣) في هامش (ز) : (عليه ، ولأنه لايملك عزله بلا سبب بخلاف التوكيل فيهما) .

وَكَمَا لاَ يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي ٱلطَّرَفَيْنِ . . لاَ يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلاً فِي أَحَدِهِمَا ، أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وفي وجه بعيد : أن القاضي يزوج نفسه ، ويقال : إن أبا يحيى البلخي ذهب إليه ، وإنه حين كان قاضياً بدمشق تزوج امرأة ولي أمرها من نفسه قال الشيخ : وهـٰذا من غرائبه ، ولا يعجبني فعل ذلك لو اعتقده الشخص ؛ لأن الاعتقاد يعذر فيه بحسب الدليل ، والاحتياط في العمل مطلوب ، والخروج من الخلاف في ذلك سهل ، ولذلك قال العبادي في « طبقاته » : قال أبو سهل الصعلوكي : رأيت ولد يحيى البلخي من هـٰذه المرأة يكدي بالشام[1] .

وفي الإمام الأعظم وجهان معروفان :

أحدهما : أن له أن يتولى الطرفين ؛ لأنه ليس فوقه من يزوجها .

وأصحهما : المنع ، فيزوجها القاضي منه بالولاية كما يزوج خليفة القاضي من القاضي .

ولو أراد أحد هـٰؤلاء تزويجها من ابنه الصغير . . فهو كتزويجها من نفسه .

وحيث جوزنا لأحدهم التزويج من نفسه . . فذلك إذا سمته في إذنها ، فأما إذا أطلقت الإذن وجوزناه . . ففيه وجهان حكاهما الحناطي .

قال : (**وكما لا يجوز لواحد تولي الطرفين . . لا يجوز أن يوكل وكيلاً في أحدهما ، أو وكيلين فيهما في الأصح**) ؛ لأن فعل الوكيل كفعل الموكل[2] .

والثاني : يجوز ؛ لوجود العدد ، ومنهم من قال : يجوز للجد دون غيره[3] .

تتمة :

قالت لابن عمها أو معتقها : زوجني ، أو زوجني ممن شئت . . ليس للقاضي

---

(١) في هامش (ز) : (أكدى الرجل : إذا قل خيره . « صحاح ») .

(٢) في هامش (ز) : (بخلاف القاضي وخليفته ؛ فإنهما يتصرفان بالولاية) .

(٣) في هامش (ز) : (مقتضىٰ كلام الرافعي : منع التوكيل في الجد أيضاً ، ومقتضىٰ تعليلهم الجواز) .

فَصْلٌ :

زَوَّجَهَا ٱلْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا ، أَوْ بَعْضُ ٱلْأَوْلِيَاءِ ٱلْمُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا ٱلْبَاقِينَ . . صَحَّ . . . .

تزويجه بها بهٰذا الإذن ؛ لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي .

وإن قالت : زوجني من نفسك . . حكى البغوي عن بعض الأصحاب أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها ، قال : وعندي لا يجوز ؛ لأنها إنما أذنت له لا للقاضي .

قال المصنف : الصواب الجواز ؛ لأن معناه : فوض إليٰ من يزوجك إياي .

قال : (**فصل** :

زوجها الولي غير كفء برضاها : أو بعض الأولياء المستوين برضاها ورضا الباقين . . صح)[1] ؛ لأن الكفاءة حق لها وللأولياء وقد رضوا بتركها ، وليست بشرط في الصحة[2] .

واحتج له في « الأم » بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس ـ وهي قرشية ـ أن تنكح أسامة بن زيد[3] ، وزوج أباه بنت عمته زينب بنت جحش[4] .

---

(١) في هامش (ز) : (كلام الأصحاب يقتضي : أن الأبعد لايكون ولياً مع الأقرب ، وحينئذ فقول المصنف : « المستوين » زيادة بيان لا احتراز عن الأبعد .
وقد يقال : إن الأبعد ولي أيضاً ، لٰكن الأقرب مقدم عليه فيحتاج إلى الاحتراز .
فإن قيل : لم لا يجب رضا الأبعد للقرابة وإن لم يكن له الآن حق لما يلحقه من العار؟
قلنا : لأن القرابة تنتشر كثيراً فيشق اعتبارها ، ولا ضابط نقف عنده فقصر على الأقرب) .

(٢) في هامش (ز) : (أما كفاءة الإسلام . . فلا تسقط بالرضا ، واستثناه شارح « التعجيز » ، وهو واضح معروف من موضع آخر) .
وفي هامشها أيضاً : (ولوأطلقت الإذن فبان الزوج غير كفء . . صح النكاح باتفاق الأصحاب ، قاله الإمام ، وجزم به البغوي في « فتاويه » ، قال : ولٰكن لها حق الفسخ ؛ لجهلها بحاله ، كما لو أذنت في رجل ثم وجدت به عيباً ، وسيأتي في بابه ، انظر هٰذا مع قول « المنهاج » في « باب الخيار والإعفاف » : ولو أذنت في تزويجها بمن ظنته كفءاً) .

(٣) مسلم (١٤٨٠/٣٦) ، وابن حبان (٤٠٤٩) ، والترمذي (١١٣٤) ، وأبو داوود (٢٢٧٨) .

(٤) الحاكم (٢٣/٤) .

. . . .

وفي « الصحيحين » [خ ٥٠٠٠، م ١٢٠٧/١٠٤] : أن أبا حذيفة زوج مولاه سالماً بابنة أخيه ، وأن المقداد بن الأسود الكندي تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب .

وفي « سنن الدارقطني » [٣٠١/٣] : أن هالة أخت عبد الرحمـٰن بن عوف كانت تحت بلال رضي الله عنهم ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة بنت أبي قحافة الأشعثَ بن قيس[1] ، وهي تيمية قرشية والأشعث كندي ، وليست كندة أكفاء لقريش ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج بناته من غيره ولا أحد يكافئه ، إلا أن يقال : إن ذلك جائز للضرورة لأجل نسلهن ، كما جاز لآدم عليه الصلاة والسلام تزويج بناته من بنيه .

وأطلق المتولي كراهة تزويجها من غير كفء وقال ابن عبد السلام : يكره أن يزوجها من فاسق برضاها كراهة شديدة ، إلا أن يخاف من فاحشة أو ريبة .

وشمل قوله : (برضاها) إذا كانت مجبرة وسكتت وهو المذهب ، وسواء في ذلك الرشيدة والسفيهة ، فإذا رضيت بغير كفء . . صح ؛ فإنه لم يحجر عليها إلا في المال خاصة ، فلا يظهر لسفهها أثر هـٰهنا كما صرح به في « الوسيط » في (فصل نكاح السفيه) ، وكان بعض القضاة يتوقف فيه ، ولا وجه لتوقفه .

فائدة :

كان زيد بن حارثة كلبياً قضاعياً ، سبي وهو صغير ، فابتاعه حكيم بن حزام لعمته خديجة ، فوهبته للنبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج بها فأنعم عليه صلى الله عليه وسلم بالعتق ، كما أنعم الله عليه بالإسلام ، ثم زوجه بركة أم أيمن ، فولدت له أسامة ، ثم زوجه زينب بنت جحش بنت عمته ، ثم طلقها فتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم ؛ ليعلم الناس انقطاع التبني المشار إليه بقوله تعالىٰ : ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ ﴾ ، ثم جبره الله تعالىٰ بذكره في القرآن دون غيره من الصحابة .

وروىٰ أبو جعفر الطحاوي عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) الحاكم (٤/ ٨٠) .

وَلَوْ زَوَّجَهَا ٱلْأَقْرَبُ بِرِضَاهَا . . فَلَيْسَ لِلأَبْعَدِ ٱعْتِرَاضٌ . وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَفِي قَوْلٍ : يَصِحُّ وَلَهُمُ ٱلْفَسْخُ . . . .

أمر زيداً أن ينطلق إلىٰ مكة ويأتي بابنته زينب وهي أكبر بناته ، وأعطاه خاتمه ، فجاء زيد إلىٰ راعي غنم كان لها فأعطاه الخاتم ، فلما رأته عرفته ، فلما كان الليل خرجت مهاجرة فعرض لها هبار بن الأسود رضي الله عنه ـ وكان يومئذ مشركاً ـ فضرب هودجها ونخس الراحلة ، وكانت حاملاً فأسقطت ولم تزل تهراق الدماء إلىٰ أن ماتت بعد أعوام ، فأردفها زيد وراءه إلىٰ أن أتت المدينة .

وأجاب الطحاوي بأن زيداً حينئذ كان أخاً لها بحكم التبني ؛ لأن ذلك كان قبل نزول (سورة الأحزاب) .

واستفيد من قصة زيد أيضاً ثبوت الرق على العرب ، خلافاً لأبي حنيفة ومن وافقه .

قال : (**ولو زوجها الأقرب برضاها . . فليس للأبعد اعتراض**) ؛ لأنه محجوب عن الولاية ، والمراد : إذا كان الأقرب بصفة الولاية ، فإن لم يكن كما إذا كان الأب فاسقاً . . فالجد العدل هو الولي ، والأب كالعدم .

قال : (**ولو زوجها أحدهم به برضاها دون رضاهم . . لم يصح**) ؛ لأنهم أصحاب حقوق في الكفاءة فاعتبر إذنهم كإذن المرأة، وهـٰذا منصوص «الأم» و« المختصر »[1] .

قال : (**وفي قول : يصح ولهم الفسخ**) نص عليه في « الإملاء » ، ومنهم من قطع به ؛ لأنها تزوجت بولي مرشد ، وتضرر الباقين يقتضي الخيار كما لو اشترىٰ معيباً .

ورأى الماوردي طريقة ثالثة وهي : أن العاقد إن كان عالماً بأن الزوج غير كفء . . بطل ، وإن لم يعلم إلا بعد العقد . . ثبت الخيار ، فحمل النصين علىٰ حالين[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (لو زوجها أحدهم به برضاها ورضا الباقين فاختلعت ثم زوجها أحدهم به برضاها دونهم . . صح ولهم أن يمتنعوا . « روضة » مختصراً) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (الذي في « الرافعي » و« روضة القاضي ابن كج » طريقة أخرىٰ وهي : تنزيل القولين علىٰ حالين : إن علم الولي عدم الكفاءة . . فالنكاح باطل ، وإلا . . فصحيح ، وعن أبي إسحاق وأبي حامد القطع بالبطلان علم أو لم يعلم) .

وَيَجْرِي ٱلْقَوْلاَنِ فِي تَزْوِيجِ ٱلأَبِ بِكْراً صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا. . فَفِي ٱلأَظْهَرِ بَاطِلٌ ، وَفِي ٱلآخَرِ يَصِحُّ وَلِلْبَالِغَةِ ٱلْخِيَارُ ، وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ . وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا ٱلسُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . ...

وعند أبي حنيفة يلزم النكاح ولا اعتراض للآخرين ، فخالف القولين جميعاً .

قال : (**ويجري القولان في تزويج الأب بكراً صغيرة أو بالغة غير كفء بغير رضاها**) هـٰذه طريقة الجمهور ، وفيه طريقة أخرىٰ قاطعة بالبطلان ، وطريقة أخرىٰ تنزل القولين على الحالين المتقدمين : إن علم الولي عدم الكفاءة . . فالنكاح باطل ، وإلا . . فصحيح .

قال : (**. . ففي الأظهر باطل**) ؛ لعدم الغبطة والمصلحة .

قال : (**وفي الآخر يصح وللبالغة الخيار**) ؛ لأن الحق لها فتختار إذا علمت .

قال : (**وللصغيرة إذا بلغت**) ؛ لأنه حق ثبت لها في الصغر فاستمر إلى البلوغ كثبوت حق القصاص .

وحكى الإمام وجهاً : أنها لا تتخير ، وعليها الرضا بعقد الأب ، وهـٰذا في تزويج المجبر ، أما غيره . . فلا يزوج إلا بإذن .

قال : (**ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجها السلطان بغير كفء ففعل . . لم يصح في الأصح**) ؛ لأنه كالنائب عن أولياء النسب فلا يترك الحظ لهم ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الأكثرون .

والثاني : يصح ؛ إذ لا يلحقهم عار بذلك ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي والعبادي والقاضي شريح الروياني[1] والزبيلي في « أدب القضاء » وغيرهم ، وقال في « الذخائر » : إنه المذهب ؛ لأن الحق لا يعدوها ، واستدل له

---

(١) في (ز) : (والقاضي شريح والروياني . . .) وفي (م) : (والقاضي وابن سريج والروياني . . .) .

بحديث فاطمة بنت قيس ؛ فإنها لم يكن لها ولي غيره صلى الله عليه وسلم[١] .

ورد هٰذا الاستدلال بأنه ليس في الحديث أنه عليه الصلاة و السلام زوجها بولاية خاصة ولا ولاية عامة ، بل أشار عليها ، ولا يدرىٰ من زوجها فوقفت الدلالة منه لذلك .

وأفتى ابن الرفعة بأن المرأة إذا كانت تتضرر من عدم تزويجها بغير الكفء بأن قل الراغب فيها من الأكفاء أن الحاكم يزوجها من غير كفء ، وإلا . . فلا .

تنبيه :

مراد المصنف من لا ولي لها أصلاً ، أما التي لها ولي خاص[٢] . . فلا تزوج إلا من كفء قطعاً ؛ لأنه نائب عنه في التصرف كما اقتضاه كلام الهروي في « الإشراف » ، وصرح به غيره ، ونقله في « الإستقصاء » عن « الإيضاح » للصيمري مقتصراً عليه ، وبه أجاب ابن الصلاح في « فتاويه » ؛ لأن حق الغائب في الكفاءة وولايته باقيان ، فلا يصح ذلك مع عدم إذنه .

قال : (**وخصال الكفاءة : سلامة من العيوب المثبتة للخيار**) ؛ لما قرر أن الكفاءة معتبرة شرع في بيانها .

وهي في اللغة : التساوي والتعادل ، يقال : فلان كفء فلان ؛ أي : نظيره .

---

(١) في هامش (ز) : (ومال إليه السبكي ، إلا أنه توقف آخراً بعد الكلام علىٰ حديث فاطمة بنت قيس ، وقال بالصحة الإمام البلقيني أيضاً ، وقال : إن ماصححه الرافعي والنووي من البطلان ليس بالمعتمد ، وليس للشافعي نص شاهد به ، ولا وجه له ، وهو مخالف بمذهب أكثر العلماء) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : فغاب أوعضل أو أحرم .

ولو كان في الولي مانع من فسقٍ ونحوه وليس بعده إلا القاضي فزوج من غير كفء برضاها . . فظاهر إطلاقهم : طرد الوجهين ، قال السبكي : ولو قيل إنه كالعضل . . لم يبعد ؛ لأن الفسق وإن سلب الولاية لم يبطل حقه من الكفاءة) .

. . . .

وفي الشرع : ما يوجب عدمه عاراً ، واستنبطها الشافعي رضي الله عنه من حديث بريرة .

وخصالها المرعية خمس متفق عليها ، أشار إليها الشيخ سراج الدين الأرمنتي بقوله [من الرجز] :

شرط الكفاءة ستة قد حررت ينبيك عنها بيت شعر مفرد

نسب ودين صنعة حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد

فأول خصالها : التنقي من العيوب المثبتة للخيار ؛ لأن النفس تعاف من به تلك العيوب ، ويختل بها مقصود النكاح .

واستثنى البغوي منها التعنين ، وقال : لا يتحقق فلا نظر إليه .

وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » وغيره التسوية بين التعنين وغيره ، قال الرافعي : وإطلاق الجمهور يوافقه ، وصوب في « المهمات » مقالة البغوي ؛ فإن الرجل قد يعن عن امرأة دون امرأة ، وفي نكاح دون نكاح وإن كانت المرأة واحدة على الأصح .

وكلام الشيخ أبي حامد مخرج على الضعيف وهو الاكتفاء بما سبق في العنة ، فمن به عيب . . ليس كفءاً لسليمة منه ، وكذا لو اختلف عيباهما إلا أن يكون مجبوباً ـ بالباء ـ وهي رتقاء . . فكالجنس الواحد .

قال الشيخ تبعاً لشيخه ابن الرفعة : والذي أطلقه المصنف وغيره من السلامة من العيوب المثبتة للخيار هو بالنسبة إلى المرأة ؛ لأن لها حظاً في جميع ذلك ، أما الولي إذا كان غائباً مثلاً ورضيت المرأة . . فلا ينبغي أن يطلق القول بأن السلامة من العيوب معتبرة في حقه ؛ لأن المشهور أنها لو أرادت أن تتزوج بمجبوب أو عنين . . لم يكن له مع حضوره منعها ، ولو أرادت أن تتزوج بمجنون . . كان له المنع[1] ، فينبغي أن تكون حالة الغيبة كذلك .

وهـٰذه الخصلة إنما تعتبر في الزوجين خاصة دون آبائهما ، فابن الأبرص كفء لمن

(١) في هامش (ز) : (وكذا الجذام والبرص في الأصح) .

أبوها سليم ، ذكره الهروي في آخر « الإشراف » .

وزاد القاضي الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة كالعمىٰ والقطع وتشوه الصورة ، قال : وهي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض الأصحاب واختاره الصيمري .

قال : (**وحرية ، فالرقيق ليس كفءاً لحرة**) ؛ لأنها تتعير بكونها تحت عبد ، ولهـٰذا خيرت بريرة لما عتقت وزوجها رقيق .

ولا فرق بين أن تكون حرة أصلية أو عتيقة ؛ لأن العبد ليس بكفء لهما ، وقد وصف النبي صلى الله عليه وسلم العبد بأنه أدنىٰ من الحر بقوله : « ويسعىٰ بذمتهم أدناهم »[1] .

ومن مسه الرق ثم عتق ، أو لم يمسه ولـٰكن مس أحد آبائه . . ليس كفءاً للحرة الأصلية ، وكذلك من مس الرق أباً أقرب في نسبه . . ليس كفءاً لمن مس الرق أباً أبعد في نسبها .

قال الرافعي : ويشبه أن يكون الرق في الأمهات مؤثراً ، ولذلك تعلق به الولاء ، ووافقه ابن الرفعة ، وفي كلام الماوردي ما يؤيده ، لـٰكن قال في زيادات « الروضة » : المفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يؤثر كما سيأتي في (النسب) ، وبه صرح في « البيان » فقال : من ولدته رقيقة كفء لمن ولدته عربية ؛ لأنه يتبع الأب في النسب ، ويؤيده ما ذكره الشيخان في (باب الولاء) : أنه لا ولاء عليه .

والمدبر والمكاتب وأم الولد كالرقيق ، وكذا من بعضه رقيق ، وهل العبد كفء للمبعضة؟ فيه وجهان[2] .

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٤١) ، وأبو داوود (٢٧٤٥) ، والنسائي (٨/ ١٩) ، وابن ماجه (٢٦٨٣) .

(٢) في هامش (ز) : (وأجراهما صاحب « البحر » في عكسه كاملة الرق هل تكون كفءاً للمبعض؟ فيه نظر ؛ لأن الكفاءة معتبرة بها لا به) .

في « الحاوي » : أصحهما على ما حكاه في « الكفاية » عن صاحب « الذخائر » : أنه لا يكون كفءاً .

غريبة :

حكى القرطبي في تفسير قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنْبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ عن أبي عمر بن عبد البر وأبي بكر محمد بن عبد الله بن أحمد العامري البغدادي الحافظ : أن العبد أفضل من الحر ، قال : ولعل هٰذا محمول علىٰ عبد أطاع الله وأطاع مولاه ، وهو الذي له أجران ، فهو أفضل من حر له أجر واحد[1] .

قال : (**والعتيق ليس كفءاً لحرة أصلية**) ؛ لما سبق .

وفي موالي قريش وجه : أنهم أكفاء لقريش ، وكذا موالي كل قبيلة بالنسبة إليها ، والصحيح المنع .

قال الشيخ : وهٰذا لم يرد فيه دليل ، لا سيما وقد يكون الخاطب أكبر من المرأة بكثير وقد مس الرق أحد آبائه ، فالقول بأنه غير كفء لها لا يشهد له عرف ولا دليل ، فينبغي التوقف فيه ، وقد رأينا في هٰذا الزمان من يكون مسه الرق أو أحد آبائه وهو ملك أو كبير والمرأة دونه بكثير بحيث تفتخر به وهي حرة الأصل ، فمنعه من تزويجها لا يساعده عرف ولا دليل .

وقد نص الشافعي في « البويطي » علىٰ أن المعتبر في الكفاءة الدين وحده كما ذهب إليه مالك ، وضعفه الأصحاب .

---

(١) في هامش (ت) : (اعلم : أن هٰذا النقل ليس بمسلم ؛ إذ يلزم أن يكون بلال بن رباح رضي الله عنه مثلاً أفضل من نحو الصديق والفاروق وبقية العشرة ، إذ لا شك أنه كان مطيعاً لله قبل عتقه وبعده ، وكان مؤدياً حق مواليه .

نعم ؛ يحمل ذلك علىٰ عبد مطيع وحر عاص ، فلا شك أن العبد المطيع ـ وإن كان في النسب دنياً ـ أفضل من الحر العاصي وإن كان في النسب علياً ، وتبشير العبد المؤدي للحقين بنيل الأجرين تربية له في مقامه وتسلية له عن التشوف إلىٰ مقام الأحرار ، وكذلك قول أبي هريرة راوي الحديث : لولا كذا وكذا ـ يعني : الجهاد وبر أمه ـ لوددت أن أكون عبداً ؛ يعني : مؤدياً للحقين ؛ ترغيباً للعبيد في لزوم المقام الذي أقيموا فيه ، والله أعلم) .

ودليله ما رواه الترمذي [١٠٨٤] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه . . فزوجوه ، إلاَّ تفعلوا . . تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » قال : وينبغي لمن أراد العمل بهـٰذا ومخالفة مشهور المذهب أن يراقب الله تعالىٰ ولا يزوج إلا من يرضىٰ دينه وأمانته ؛ ليكون تابعاً للحديث .

قال : (**ونسب**) اتفق الأصحاب على اعتباره ؛ لأن العرب تفتخر بأنسابها أتم فخار .

وفي « صحيح مسلم » [٢٢٧٦] عن واثلة بن الأسقع : « إن الله اصطفىٰ كنانة من ولد إسماعيل ، واصطفىٰ من كنانة قريشاً ، واصطفىٰ من قريش بني هاشم ، واصطفاني من بني هاشم ، فأنا خيار من خيار من خيار » فهو صلى الله عليه وسلم خلاصة الخلق ؛ فإنه ليس في ولد إسماعيل نبي غيره ، فهو وحده أفضل من جميع الأنبياء الذين من نسل إبراهيم من غير إسماعيل ، وهم خلق كثير ، وإبراهيم خلاصة نسل نوح ونوح خلاصة نسل آدم ، فهو صلى الله عليه وسلم سيد ولد آدم .

وفي « الصحيحين » [خ ٣٣٩٠ـ م ٢٣٧٨] : « الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم يوسف بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم » ؛ لأنه اجتمع له شرف النبوة والعلم والجمال والعفة وكرم الأخلاق والعدل ورئاسة الدنيا والدين .

وإنما اعتبرت الأنساب ؛ لأن الأصل إذا طاب . . طاب فرعه غالباً كما قال الشيخ قطب الدين القسطلاني رحمه الله تعالىٰ [من الطويل] :

إذا طاب أصل المرء طابت فروعه ... ومن عجب جاءت يد الشوك بالورد
وقد يخبث الفرع الذي طاب أصله ... ليظهر حكم الله في العكس والطرد

قال : (**فالعجمي ليس كفء عربية**)[1] ؛ لشرف العربية عليه ، لأن الله تعالى

(١) في هامش (ز) : (وليس المراد بالعجمي من في لسانه عجمة ، بل من ليس أبوه عربياً ؛ لأن أكثر الأعاجم اليوم من أولاد العرب ، فإن الصحابة رضي الله عنهم لما فتحوا البلاد تزوجوا واستوطنوا بلاد العجم ونشأت فيها أولادهم) .

اصطفى العرب علىٰ غيرهم[1] ، والاعتبار في النسب بالأب ، فالذي أبوه عجمي وأمه عربية ليس كفءاً للتي أبوها عربي والأم عجمية .

قال : (**ولا غير قرشي قرشية**) ؛ لفضل قريش علىٰ غيرها .

قال : (**ولا غير هاشمي ومطلبي لهما**)[2] ؛ لما تقدم ، وبنو هاشم والمطلب أكفاء ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « نحن وبنو المطلب شيء واحد » رواه البخاري [٣١٤٠] .

وقيل : إن قريشاً بعضهم لبعض أكفاء كما أنهم يستوون في أهلية الإمامة ، وبه قال أبو حنيفة[3] .

والجواب : أن اعتبار النسب في الكفاءة أضيق من اعتباره في الإمامة العظمىٰ ، ولهـٰذا سووا بين قريش في الإمامة ولم يسووا بينها في الكفاءة .

وقد جزم الرافعي والمصنف في الإمامة العظمىٰ بأنه إذا لم يوجد قرشي مستجمع الشروط . . نصب كناني ، فإن لم يكن . . فرجل من ولد إسماعيل ، فإن تعذر . . انتقلنا إلى العجم .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف وغيره إذا تزوج هاشمي أمة بشروطه فأولدها بنتاً . . فهي هاشمية رقيقة .

وقد جزم الشيخان بأن للسيد أن يزوج أمته برقيق ودنيء النسب ، فعلىٰ هـٰذا : يزوج هـٰذه كذلك وهو صعب ، لا جرم صوب في « المهمات » مراعاة النسب فيها ،

---

(١) في هامش (ز) : (والمراد بالعرب : من كان منتسباً إلىٰ بعض القبائل ، فأما أهل الحضر والمولدة : فمن كان منهم مضبوط النسب . . فكالعرب ، وإلا . . فكالعجم . قاله الفارقي) .

(٢) في هامش (ز) : (حتىٰ بنو عبد شمس ونوفل ليس أولادهم أكفاء لأولاد بني هاشم والمطلب وإن كانا أخوين لهما) .

(٣) في هامش (ز) : (ومقتضىٰ كلامه : أن غير قريش من العرب أَكْفَاءٌ ، وحكاه الرافعي عن جماعة ، وقال النووي : إنه مقتضىٰ كلام الأكثرين ، لـٰكن قال الرافعي : مقتضى اعتبار النسب في العجم اعتباره فيمن سوىٰ قريش من العرب ، وعلىٰ ما قاله الرافعي إشكال على المصنف ؛ فإنه اعتبر النسب في العجم ولم يعتبره في غير قريش من العرب) .

وَٱلأَصَحُّ : ٱعْتِبَارُ ٱلنَّسَبِ فِي ٱلْعَجَمِ كَٱلْعَرَبِ . وَعِفَّةٌ ، فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ .

كما صرح به الشيخان حيث قالا : إن الأمة العربية بالحر العجمي على الخلاف في مقابلة بعض الخصال ببعض .

قال : (**والأصح : اعتبار النسب في العجم كالعرب**) ؛ قياساً عليهم ، فعلىٰ هٰذا : الفرس أفضل من الترك ؛ لسابقتهم إلى الإسلام ، وبنو إسرائيل أفضل من القبط ؛ لسلفهم وكثرة الأنبياء فيهم .

والثاني : لا يعتبر النسب في العجم ؛ لأنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب ولا يدونونها ، وعلىٰ هٰذا : يستوي الفرس والترك والقبط ، وهٰذا الوجه عليه الجمهور ، والرافعي والمصنف تبعا البغوي في ترجيح الأول .

وذكر الإمام : أن شرف النسب يثبت من ثلاث جهات :

إحداها : الانتماء إلىٰ شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلا يعادله شيء ، وعليه بنىٰ عمر رضي الله عنه ديوان المرتزقة .

والثانية : الانتماء إلى العلماء ؛ فإنهم ورثة الأنبياء صلوات الله تعالىٰ عليهم ، وبهم ربط الله تعالىٰ حفظ الملة .

والثالثة : الانتماء إلىٰ أهل الصلاح والتقوىٰ ، قال عز اسمه : ﴿ وَكَانَ أَبُوهُمَا صَـٰلِحًا ﴾ فبين شرف هٰذا الانتساب ، قال : ولا عبرة بالانتساب إلىٰ عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم .

وقال في « المهمات » : الانتماء إلىٰ عظماء الدنيا معتبر ؛ إذ أقل مراتبه أن يكون كالحرفة ، وأهل الحرف الشريفة لا يكافئها أهل الحرف الخسيسة .

قال : (**وعفة**) وهي : الدين والصلاح والكف عما لا يحل ولا يجمل ، قال تعالىٰ : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾ ، وقال : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا ﴾ ، قال ثعلب : معناه : يضبطوا أنفسهم بالصوم .

وفي « البخاري » [١٤٢٨] : « من يستعفف يعفه الله » .

قال : (**فليس فاسق كفء عفيفة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴾ .

وَحِرْفَةٌ ، . . . .

وفي « سنن أبي داوود » بإسناد حسن [٢٠٤٥] : « لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله » .

وحكى ابن الصلاح في « طبقاته » عن أبي الحسن الجوري : أن الزاني والزانية لا يصح نكاحهما إلا ممن هو مثلهما ، وأن الزنا لو طرأ علىٰ أحد الزوجين . . انفسخ النكاح .

وأطلق الأصحاب : أن الفاسق ليس كفء عفيفة ، قال في « المهمات » : والذي يتوجه عند زيادة الفسق أو اختلاف نوعه عدم الكفاءة .

قال الرافعي : ولا تعتبر الشهرة ، فمن لم يشتهر بالصلاح كفء للمشهورة به ، وإذا لم يكن الفاسق كفءاً للعفيفة . . فالمبتدع أولىٰ أن لا يكون كفءاً للسنية .

ولا فرق في اعتبار هـٰذا الوصف بين المسلمين والكفار ، حتىٰ لا يكون الكافر الفاسق في دينه كفءاً للعفيفة في دينها منهم ، قاله ابن الرفعة ثم قال : والفسق والعفة يراعيان في الزوجين أنفسهما لا فيمن سلف من آبائهما ، بخلاف الحرية ؛ فإنها تراعىٰ في النوعين ، والفرق[1] مطرد في أصل الدين حتىٰ نقول : من كان أبوه كافراً كفءٌ لمن كان أبوها مسلماً خلافاً لأبي حنيفة ؛ لأن فضيلة الدين لا تتعدىٰ إلى الأبناء بخلاف فضيلة النسب . اهـ

لـٰكن في « الروضة » : ليس من أسلم بنفسه كفءاً لمن لها أبوان في الإسلام في الأصح ، ومن المعلوم : أن الكافر ليس كفءاً للمسلمة ، ومن أسلم بنفسه ليس بكفء للتي لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام ، وقيل : كفء .

وقيل : لا ينظر إلا إلى الأب الأول والثاني ، فمن له أبوان في الإسلام كفء لمن لها عشرة آباء فيه ؛ لأن الأب الثالث لا يذكر في التعريف فلا يلحق العار بسببه ، والأول أصح .

قال : (وحرفة) الحرفة : الصناعة وما يعانيه الإنسان من جهة الكسب ؛ لأنه يتحرف إليها .

---

(١) في (ت) : (ولا فرق) .

فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ ؛ فَكَنَّاسٌ وَحَجَّامٌ وَحَارِسٌ وَرَاعٍ وَقَيِّمُ ٱلْحَمَّامِ . . لَيْسَ كفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ ، ولاَ خَيَّاطٌ . . بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ ، وَلاَ هُمَا . . بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ . . . .

قالت عائشة : لما استخلف أبو بكر قال : لقد علم قومي أن حرفتي لم تكن تعجز عن مؤنة أهلي ، وقد شغلت بأمر المسلمين ، فسيأكل آل أبي بكر من هـٰذا المال ، ويحترف للمسلمين فيه .

قال : (**فصاحب حرفة دنيئة ليس كفء أرفع منه**)[1] استدلوا له بقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ ﴾ قيل : أراد سبب الرزق ، فبعضكم يصل إليه بسهولة وبعضكم بمشقة .

وقيل : لا تعتبر الحرفة حكاه الرافعي في كلامه علىٰ ألفاظ « الوجيز » ، وحذفه من « الروضة » ، واقتضىٰ كلام الصيمري : أنه المذهب .

وضبط الإمام الحرفة الدنيئة بكل ما دلت ملابسته على انحطاط المروءة وسقوط النفس كملابسة القاذورات .

قال : (**فكناس وحجام وحارس وراع وقيم الحمام . . ليس كفء بنت خياط ، ولا خياط . . بنت تاجر أو بزاز ، ولا هما . . بنت عالم وقاض**) ؛ لأن العرف قاض بذلك، واحتجوا له بما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال : « العرب أكفاء بعضهم لبعض، قبيلة لقبيلة ، وحي لحي ، ورجل لرجل ، إلا حائك أو حجام » رواه ابن أبي حاتم في « علله » [١/٤١٢] ، وأبو عمر في « التمهيد » [١٩/١٦٥] ، والبيهقي [٧/١٣٤] من طرق كلها ضعيفة باطلة لا يصح منها شيء ، إلا أن العرب كانت تعير بمثل ذلك ، قال الشاعر [من الرجز] :

لست براعي إبل ولا غنم ولا بجزار علىٰ ظهر وضم[2]

باتوا نياماً وابن هند لم ينم

---

(١) في هامش (ز) : (فإنها تدل علىٰ خسة النفس ، واحتج له بقوله تعالىٰ : ﴿ قَالُوٓاْ أَنُؤْمِنُ لَكَ وَٱتَّبَعَكَ ٱلْأَرْذَلُونَ ﴾ ، قال المفسرون : كانوا حاكة ولم تنكر عليهم هـٰذه التسمية) .

(٢) في هامش (ز) : (الوضم : كل شيء يوضع عليه اللحم من خشب أوباريَّة يوقَّىٰ به من الأرض . « صحاح ») .

وفي عد الرعي من الحرف الدنيئة إشكال لا يخفىٰ ؛ لأنه سنة الأنبياء في ابتداء أمرهم ، وقد يقال : لا يلزم من ذلك أن يكون صفة مدح لغيرهم كما أن فقد الكتابة في حق نبينا صلى الله عليه وسلم مُعجزة وفي حق غيره مَعْجَزة .

وذكر في « الحلية » : أنه تراعى العادة في الحرف والصناعات ؛ لأن في بعض البلاد التجارة أولىٰ من الزراعة ، وفي بعضها بالعكس .

و(البزاز) : بائع البز ، وهو الثياب ، وقيل : متاع البيت خاصة .

و(التاجر) : الجالب من بلد إلىٰ بلد .

قال الشيخان : والحرف الدنيئة في الآباء والاشتهار بالفسق مما يعير به الولد ، فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة أو مشهوراً بفسق مع من أبوها عدل كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم ، والحق : أن يجعل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيز النسب ؛ فإن مفاخر الآباء ومثالبهم هي التي يدور عليها أمر النسب ، قالا : وهـٰذا يؤكد اعتبار النسب في العجم ، ويقتضي أن لا تطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب . اهـ

والأشبه في « المهمات » : الاعتبار بحال الزوجين في ذلك كما تقدم في ولد المعيب[1] .

قال : (**والأصح : أن اليسار لا يعتبر**) ؛ لأن المال غاد ورائح ولا يفتخر به إلا أرباب الرعونات ، وهو ظل زائل ، وحال حائل ، ومال مائل ، ومما ينسب إلى الشافعي رحمه الله [من الكامل] :

ومـن الـدليـل علـى القضـاء وكـونـه ... بـؤس اللبيـب وطيـب عيـش الأحمـق

وسئل محمد بن خفيف الزاهد عن علامة رضا الله تعالىٰ عن العبد فقال : إدبار الدنيا عنه .

وقال سفيان بن عيينة : الهم بالدنيا يسود القلب .

---

(١) في هامش (ز) : (نقله عن « الإشراف » للهروي) .

. . . .

والثاني : يعتبر اليسار في الكفاءة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أما معاوية . . فصعلوك لا مال له » .

وفي « سنن ابن ماجه » [٤٢١٩] و« الترمذي » [٣٢٧١] و« البيهقي » [١٣٥/٧] عن سمرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الحسب المال والكرم التقوىٰ » .

وصحح هٰذا القفال وسليم والفارقي والروياني ، وقال القاضي : الناس في زماننا يعدونه من أفضل الخصال وأعظم الفضائل ، ولٰكن عامة الأصحاب لا يعتبرونه .

وتوسط الماوردي فقال : يعتبر في أهل القرىٰ ، وفي سكان البوادي وجهان .

وقال ابن أبي الدم : إن كان في العرب . . لم يعتبر ، وفي العجم وجهان ؛ لأن العرب تتفاخر بالأنساب ، والعجم بالأموال .

وإذا اعتبرنا اليسار فوجهان :

أحدهما : أن المعتبر اليسار بقدر المهر والنفقة ، فإذا أيسر بهما . . فهو كفء لصاحبة الألوف .

وأصحهما : لا يكفي ذلك ، بل الناس أصناف غني وفقير ومتوسط ، وكل صنف أكفاء وإن اختلفت المراتب .

وبقيت أمور أخرى اختلف في اعتبارها في الكفاءة :

منها : صحح الروياني أن الشيخ لا يكافىء الشابة ، واختاره الشيخ ، والأصح : أنهما كفآن ، لٰكن الأولىٰ للشيخ أن لا يتزوج شابة ؛ لما روى البيهقي : أن شابة تزوجت شيخاً فقتلته ، فرفعت القضية إلىٰ عمر ، فنادى الناسَ : (أيها الناس ؛ لينكح الرجل لمته من النساء ، ولتنكح المرأة لمتها من الرجال) أي : شكله وتربه .

ومنها : قيل : الجاهل لا يكافىء العالمة ، والأصح : أنه كفؤها .

ونقل صاحب « البيان » وابن الصلاح عن الصيمري : أن قوماً اعتبروا في الكفاءة البلد ، فسكان الجبال ليسوا أكفاء لسكان مكة والمدينة والبصرة والكوفة .

ونقل القاضي أبو بكر بن العربي وغيره عن طاووس : أنه كان لا يحضر نكاح سوداء

وَأَنَّ بَعْضَ ٱلْخِصَالِ لاَ يُقَابَلُ بِبَعْضٍ . وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ٱبْنِهِ ٱلصَّغِيرِ أَمَةً ، وَكَذَا مَعِيبَةً عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

بأبيض ، ولا بيضاء بأسود ويقول : هـٰذا نهي عنه بقوله تعالىٰ : ﴿فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ .

قال القاضي : وهـٰذا وإن كان يحتمله اللفظ فهو مخصوص بما أنفذه النبي صلى الله عليه وسلم من نكاح مولاه زيد وكان أبيض بظئره بركة ، وكانت سوداء ، ثم أنكح أسامة وهو أسود فاطمة بنت قيس وكانت بيضاء ، وكانت تحت بلال أختُ عبد الرحمـٰن بن عوف الزهرية .

قال : (**وأن بعض الخصال لا يقابل ببعض**) فلا تزوج سليمة من العيوب دنيئة في النسب بنسيب معيب ، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف ، بل صفة النقص مانعة من الكفاءة .

ويقابل الأصح في كلام المصنف تفصيل للإمام ؛ فإنه قال : السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج ، وكذا الحرية والنسب ، والأصح : أن العفة الظاهرة فيه لا تجبر دناءة نسبه .

قال : والتنقي من الحرف الدنيئة يقابله الصلاح وفاقاً ، واليسار إن اعتبرناه يقابل بكل خصلة ، وللخلاف شبه باجتماع عبد فقيه وحر غير فقيه في الإمامة[1] ، والأصح : التسوية .

قال : (**وليس له تزويج ابنه الصغير أمة**) ؛ لأنه مع الصغر لا يخاف عليه العنت .

قال : (**وكذا معيبة على المذهب**)[2] يعني : بعيب يثبت الخيار كالرتق والقرن والجذام والبرص والجنون ؛ لأنه خلاف الغبطة ، ولا يصح النكاح[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (وبقتل العبد المسلم حراً ذمياً أو بالعكس ، ولاقصاص) .

(٢) في هامش (ز) : (فلو زوجه عمياء أو عجوزاً أو مفقودة بعض الأطراف . . ففيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة » و« أصلها » ، وقال البلقيني : « الأصح : أنه لا يجوز ؛ فقد نص عليه في « الأم ») .

(٣) في هامش (د) و(ز) : (الذي في « الرافعي » و« الروضة » [٧/ ٨٥] : أنه على القولين فيما=

قال : (**ويجوز من لا تكافئه بباقي الخصال في الأصح**) ؛ لأنه متمكن من الخلاص بالطلاق بعد البلوغ ، ولأنه قد تكون له مصلحة في ذلك ، وأيضاً : فلا عار على الرجل في استفراش من دونه ، وصرح الرافعي بأن له الخيار إذا بلغ .

والثاني : لا ، وهما كالقولين في تزويج البنت الصغيرة بمن لا يكافئها ، لـٰكن التصحيح مختلف .

ولو قبل لابنه المجنون البالغ نكاح أمة . . جاز إن كان معسراً ويخاف عليه العنت في الأصح .

وقيل : لا يجوز ؛ لأنه لا يخشىٰ وطءاً يوجب حداً أو إثماً .

تتمة :

للسيد أن يزوج أمته برقيق ودنيء النسب[1] ، ولا يجوز أن يزوجها من مجذوم أو أبرص أو مجنون بغير رضاها ، نص عليه ، وكذلك لا يزوجها ممن به عيب يثبت الخيار ، ولا بمن لا يكافئها بسبب آخر .

ولو زوجها بمعيب برضاها . . لم يكن لها الامتناع من تمكينه ، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب ؛ لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع[2] ، ثم هل لها الامتناع من تمكينه؟ وجهان ، قال المتولي : أصحهما : يلزمها التمكين .

قال في « المهمات » : الصحيح : أنه لا يلزمها التمكين كما في « الشرح » و« الروضة » في (باب الاستبراء) ، وسيأتي في تتمة ذلك الباب .

= إذا زوج ابنته بمن لا يكافئها ، وقطع بعضهم بالبطلان فيما إذا قبل له نكاح رتقاء أو قرناء ؛ لأنه بذل مال في مقابلة بضع لا ينفع ، والشارح رحمه الله لم يتعرض لحكاية خلاف بالكلية) .

(١) في هامش (د) : (هـٰذا قد تقدم) .

(٢) في هامش (ز) : (ولأن الملك أقوىٰ من التزويج بدليل ما لو اشترىٰ زوجته . . انفسخ النكاح) .

فَصْلٌ :

لاَ يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ ، وَكَذَا كَبِيرٌ إِلاَّ لِحَاجَةٍ . . . .

قال : (**فصل** :

لا يزوج مجنون صغير) ؛ لأنه لا يحتاج إليه في الحال ، وبعد البلوغ لا يدرىٰ كيف يكون الأمر ، بخلاف الصغير العاقل ؛ فإن الظاهر حاجته إلى النكاح بعد البلوغ ، ولا نظر لحاجة التعهد والخدمة ؛ فإن الأجنبيات يجوز أن يقمن بخدمته ، هـٰذا هو الصحيح .

وفي وجه : يزوجه الأب أو الجد ، وطرده الشيخ أبو محمد في الصغير العاقل الممسوح[١] .

قال : (**وكذا كبير إلا لحاجة**)[٢] فإذا لم تدع حاجة إليه . . لم يزوج ؛ لما فيه من لزوم المهر والنفقة من غير حاجة تدعو إليه ، وليس كالصغير ؛ فإن له غاية يتوقع بعدها كماله ، فلا يراعىٰ في نكاحه إلا المصلحة ، فإن كان بالمجنون حاجة إليه . . زوج ، والحاجة تتوقع من وجهين :

أحدهما : أن تظهر رغبته في النساء بأن يدور حولهن ويتعلق بهن وما أشبه ذلك ، أو يشهد طبيبان عدلان ـ وقيل : واحد ـ بتوقع شفائه به[٣] .

والثاني : أن يحتاج إلى امرأة تتعهده وتخدمه ، ولا يوجد من محارمه من يقوم بذلك ، فتكون مؤنة النكاح أخف من مؤنة شراء أمة .

قال الرافعي : إذا لم تجب على الزوجة خدمة الزوج وتعهده فكيف تزوج منه لهـٰذا الغرض؟! وربما تمتنع من ذلك ولا تفي إن وعدت .

وأجاب بعضهم عن ذلك بأن طبعها يدعوها لخدمته ، وفي الحديث : « النساء من

---

(١) في هامش (د) : (أي : طرد الخلاف) .
(٢) في (ز) : (وكذا كبير في الأصح إلا لحاجة) .
(٣) في هامش (د) : (هـٰذا ذكره الرافعي بحثاً ، وجزم به في « الروضة » ، فتكون الشروط ثلاثة) .

أسفه السفهاء ، إلا صاحبة القسط والسراج »[1] أراد : إلا التي تخدم زوجها في وضوئه وسراجه .

وإذا جاز التزويج منه.. تولاه الأب ثم الجد ثم السلطان دون سائر العصبات كولاية المال ، وسكتوا عن الوصي ، ونص في « الأم » في (باب الصداق) علىٰ أنه يزوجه ؛ لأنه يلي المال ، وبه صرح في « الشامل » في (كتاب الوصية) .

كل هٰذا في مطبق الجنون ، أما المتقطع.. فلا يزوج أصلاً ؛ لأنه إذا احتاج إليه.. تزوج بنفسه في يوم إفاقته ، وألحق به الماوردي المغمىٰ عليه .

والمُخَبَّل كالمجنون في النكاح ، وهو الذي في عقله خلل وفي أعضائه استرخاء ، ولا حاجة به إلى النكاح غالباً .

قال : (**فواحدة**) ؛ لأن الحاجة تندفع بها .

قال : (**وله تزويج صغير عاقل أكثر من واحدة**) يعني : للأب والجد أن يزوج الصغير العاقل أربعاً على الصحيح ؛ لأن المرعي في نكاحه المصلحة وقد تكون مصلحة وغبطة ، وأما الوصي والقاضي.. فليس لهما ذلك على الصحيح ؛ لانتفاء كمال شفقتهما ، وفي « البيان » وجه : أن لهما ذلك كالأب[2] .

والثاني : لا يزاد علىٰ واحدة ؛ لئلا تكثر المؤنة عليه مع حصول الكفاية بواحدة .

وقيل : لا يزوج أصلاً ، وعزاه في « الروضة » لـ« الإبانة » ، وأنه صححه ، والوجه المذكور ليس له في « الإبانة » ذكر فضلاً عن تصحيحه ، بل فيها الجزم بالجواز ، وحكاية وجهين في الزيادة على الواحدة .

كل هٰذا إذا لم يكن ممسوحاً ، فإن كان.. فنقل الرافعي عن المتولي منع تزويجه ، وهو ظاهر[3] .

---

(١) أخرجه عبد بن حميد (١٥٢٨) ، والطبراني في « مسند الشاميين » (١١٧١) .

(٢) في هامش (د) : (في « شرح ابن الملقن » : فرع : لغير الأب والجد تزويج الصغير علىٰ قول الجمهور ، وقال في « البيان » : يجوز للوصي والحاكم كالأب) .

(٣) في هامش (ز) : (وفيه نظر ؛ لأن تزويجه إنما هو للمصلحة) .

وَيُزَوِّجُ ٱلْمَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ ، وَلاَ تُشْتَرَطُ ٱلْحَاجَةُ ، وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ، ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ أَوْ جَدٌّ . . لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا ، .

قال : (**ويزوج المجنونة أب أو جد إن ظهرت مصلحة ، ولا تشترط الحاجة**) بالاتفاق ، بخلاف المجنون ؛ لأن النكاح يفيدها المؤن(١) ، والمجنون يغرم المهر والنفقة ولا يحصل له بذلك غنىً ولا عفاف .

قال : (**وسواء صغيرة وكبيرة ، ثيب وبكر**) أما البكر . . فبلا خلاف ، وأما الثيب . . فعلى الأصح .

وفي وجه : لا يزوج الثيب الصغيرة كالعاقلة(٢) .

وفي وجه : لا يستقل الأب بتزويج الثيب البالغة ، بل لا بد من إذن السلطان نيابة عن إذنها ، وسواء التي بلغت مجنونة ومن بلغت عاقلة ثم جنت بناء على أن من بلغ عاقلاً ثم جن . . فولاية ماله لأبيه ، وهو الأصح ، وإن قلنا : إنها للسلطان . . فكذا التزويج .

ويشترط في البالغة إطباق جنونها ، فإن كان متقطعاً . . فالراجح : أنها لا تزوج قبل الإفاقة كما تقدم في المجنون .

قال : (**فإن لم يكن أب أو جد . . لم تزوج في صغرها**) ؛ لعدم الحاجة في الحال ، وغير الأب والجد لا يملك الإجبار .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قال الشافعي : وربما كان شفاء ، قال القاضي : لأنه قيل : إن نوعاً من الجنون يعالج بتفريح قلبها بالمعاشرة مع الأزواج ، والماوردي قال : لأنه ربما كان فيها مس جنون من حدة وقوة الشبق فتبرأ إن جومعت) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (« ابن الملقن » : والفرق على الأصح : أن للبلوغ غاية مرتقبة بخلاف الإفاقة ، قال في « المطلب » : وهـٰذا هو الراجح ، قال : ويجتمع في تزويج الأب ـ وإن علا ـ للثيب المجنونة أوجه :

أحدها : الصحة مطلقاً عند وجود الحاجة أو المصلحة ، وهو المنصوص في مجموع « الأم » و« المختصر » .

والثاني : المنع مطلقاً ، وهو ما قاله الإمام : إنه قول محققي أصحابنا .

والثالث : يزوج الكبيرة دون الصغيرة ، قال : ويجيء وجه رابع وهو : أنه يزوج الكبيرة عند ظهور توقانها ، ولا يزوج ما عداها) .

فَإِنْ بَلَغَتْ . . زَوَّجَهَا ٱلسُّلْطَانُ فِي ٱلأَصَحِّ لِلْحَاجَةِ ، لاَ لِمَصْلَحَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . .

قال : (**فإن بلغت . . زوجها السلطان في الأصح**) كما يلي مالها .

والثاني : يزوجها قريبها من أخ أو عم وغيرهما بشرط إذن السلطان نيابة عنها ، فإن امتنع . . زوج السلطان بالعضل .

وإذا زوجها السلطان في هٰذه الحالة . . راجع أقاربها ، وهل هٰذه المراجعة واجبة أو مستحبة؟ رجح البغوي الوجوب ، والصحيح : الاستحباب[1] ، وهو ظاهر نص « الأم » كما قاله في « البحر » ، وجزم به هو والماوردي ، وكذلك الرافعي في الكلام علىٰ تحريم الخطبة على الخطبة .

والخلاف في وجوب المراجعة يجري فيما إذا كان المجنون ذكراً وزوجه السلطان ، قاله البغوي ، ولم يتعرض له الرافعي[2] .

قال : (**للحاجة**) بأن تظهر عليها علامات غلبة شهوتها ، أو يشهد بذلك أهل الخبرة كما تقدم .

قال : (**لا لمصلحة في الأصح**) ككفايتها بالنفقة وغيرها ؛ لأن تزويجها حينئذ يقع إجباراً ، وليس ذلك لغير الأب والجد .

والثاني : نعم كالأب والجد .

فرع :

إذا جوزنا تزويج المجنونة فأفاقت . . لا خيار لها على المنصوص ؛ لأن التزويج لها كالحكم لها وعليها ، واختار المزني في غير « المختصر » أن لها الخيار[3] .

---

(١) في هامش (ز) : (لأنه لا ولاية لهم ؛ فإن شرطها الإذن ولا يتصور من المجنونة) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (قوله : « ولم يتعرض له الرافعي » سهو ، فقد تعرض له الرافعي والنووي في « الروضة » ، وعبارة الرافعي : والوجهان في وجوب المشاورة جاريان في التزويج من المجنون) .

(٣) في هامش (د) و(ز) : (عبارة الشيخ في « الشرح » : فرع : حيث جوزنا فزوجت فأفاقت . . فلا خيار لها ، كذا أطلقه الأصحاب ، وعن الشافعي رضي الله عنه : إذا زوجها=

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ . . لاَ يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ ، بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ يَقْبَلُ لَهُ ٱلْوَلِيُّ .

قال : (**ومن حجر عليه بسفه . . لا يستقل بنكاح**) ؛ لئلا يفني ماله بمؤن النكاح ، فلا بد له من مراجعة الولي ، وهـٰذه المسألة ذكرها المصنف بعد هـٰذا بقليل ، وفي (باب الحجر) أيضاً .

واحترز عن سفيه[1] لا حجر عليه ، وهو المهمل ، فتزويجه كسائر تصرفاته ، وفيها خلاف سبق في بابه .

ولو بلغ رشيداً ثم سفه ولم يعد الحجر عليه وشرطناه . . فتصرفه نافذ على الأصح إلىٰ أن يحجر عليه[2] .

قال : (**بل ينكح بإذن وليه**) ؛ لأنه مكلف صحيح العبارة ، وإنما حجر عليه حفظاً لماله .

وعن أبي الطيب ابن سلمة وغيره : أنه لا يأذن له الولي في النكاح ؛ لأنه محجور عليه فأشبه الصبي ، والمذهب الأول .

قال : (**أو يقبل له الولي**) كما يتولىٰ قبول البيع والهبة له .

وهل يشترط فيه إذن السفيه[3]؟ قال قائلون : لا ؛ لأنه فوض إليه رعاية مصالحه ، فإذا عرف حاجته . . زوجه كما يطعمه ويكسوه ، وبهـٰذا قال الشيخ أبو حامد والعراقيون .

= الحاكم ثم أفاقت . . لا خيار ، وإنكاحه لها حكم لها وعليها ، وهـٰذا أحد المواضع التي يتمسك بها في أن فعل الحاكم حكم . اهـ

والشارح رحمه الله نقل عن « النص » : أنه لا خيار ، والشافعي إنما نص عليه في تزويج الحاكم خاصة ، والتعليل يقتضي التخصيص بتزويجه فقط) .

(١) في هامش (ز) : (أي : بلغ سفيهاً ولم يتصل به حجر حاكم) .

(٢) في هامش (د) : (جزم السبكي بالنفوذ ثم حكى ابن الرفعة : أنه يجوز أن يكون فيه خلاف من الخلاف في أن المشرف على الزوال هل هو كالزائل ، ومن الخلاف في أن دخول وقت الشيء هل يقوم مقامه كما هو في رمي الجمار عن ابن سريج وغيره) .

(٣) في هامش (د) : (هـٰذه المسألة ستأتي في كلام « المنهاج » ، وعبارته : « فإن قبل له وليه . . اشترط إذنه في الأصح ») .

فَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ ٱمْرَأَةً . . لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا ، وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ أَوْ أَقَلَّ ، فَإِنْ زَادَ . . فَٱلْمَشْهُورُ : صِحَّةُ ٱلنِّكَاحِ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ مِنَ ٱلْمُسَمَّىٰ . . . .

وأصحهما : نعم ؛ لأنه حر مكلف .

ثم إذا قبل له الولي النكاح . . فليقبل بمهر المثل أو أقل ، فإن زاد . . صح بمهر المثل في الأصح .

والولي هنا الأب ثم الجد إن بلغ سفيهاً ، والقاضي أو منصوبه إن بلغ رشيداً ، وأما الوصي . . فكلام الغزالي في « الخلاصة » يمنع منه ، والمفتىٰ به : أن له التزويج بعد الجد كما صرح به الرافعي في (باب الوصية) ، وهو المنصوص في « الأم » و« المختصر » في (باب ما يجوز للوصي أن يضعه في أموال اليتامىٰ) ، وبه صرح الشيخ أبو حامد والقاضي حسين والماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني وغيرهم .

والذي وقع في زوائد « الروضة » هنا معترض .

ثم إن المصنف أطلق نكاحه ، وهو مقيد باحتياجه إليه ؛ لئلا يتلف أمواله من غير حاجة ، ولا يكتفىٰ بقوله[1] ؛ لأنه قد يقصد إتلاف المال ، خلافاً للإمام وهو أقيس ؛ لأن احتياجه لا يعرف إلا من جهته وهو أعلم بحال نفسه ، وكما لا يزوج امرأتين . . لا يجمع له بين أمتين للوطء وإن اتسع ماله ، نص عليه .

قال : (**فإن أذن وعين امرأة . . لم ينكح غيرها**) ؛ لأن الإذن مقصور عليها .

قال : (**وينكحها بمهر المثل أو أقل**) ؛ مراعاة للإذن ومصلحته .

قال : (**فإن زاد . . فالمشهور : صحة النكاح**) ؛ لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح ، وفي قول مخرج : إنه باطل للمخالفة .

قال : (**بمهر المثل من المسمىٰ**) المراد : بقدر مهر المثل من الذي عينه ، وتسقط الزيادة ؛ لأنها تبرع من سفيه .

---

(١) في هامش (ز) : (بل لا بد من ظهور الحاجة بغلبة الشهوة بأمارات تدل عليها ، أو باحتياجه إلىٰ من تخدمه بالشرط المتقدم في المجنون) .

وقال ابن الصباغ : القياس أنه يبطل المسمىٰ ويرجع إلىٰ مهر المثل في ذمته ، ثم إذا أبطلنا الزائد فقط . . فينبغي أن يجري في الباقي قولا تفريق الصفقة ، ولم يذكروه[1] ، وهـٰذه المسألة نظير قول المصنف في (الصداق) : (ولو نكح لطفل بفوق مهر المثل ، أو أنكح بنتاً لا رشيدة ، أو رشيدة بكراً بلا إذن بدونه . . فسد المسمىٰ ، والأظهر : صحة النكاح بمهر المثل) فلينظر في الفرق بينهما ، وسوىٰ صاحب « التنبيه » بينهما في أوائل (الصداق) ، وحكم ببطلان الزائد في المسألتين ، وأقره عليه في « التصحيح » .

قال النشائي : وما جزم به الشيخ وجه ، والأصح : بطلان الجميع والرجوع بمهر المثل ، وسيأتي لها بسط في (الصداق) .

قال : (**ولو قال : انكح بألف ولم يعين امرأة . . نكح بالأقل من الألف ومهر مثلها**)[2] ، فإن نكح امرأة بألف وكان مهر مثلها ألفاً وأكثر . . فالنكاح صحيح

---

(١) في هامش (د) : (قال الشيخ : وفي تصوير المسألة من الأصحاب وابن الصباغ نظر ؛ فإن الولي إن لم يتعرض للمهر بالعقد فالعقد إنما يكون على الذمة ، ولا يصح إلا بمهر المثل والمسمىٰ غيره ، فلا يتحقق الخلاف ، بل إن أذن له أن ينكحها بعين فكانت أكثر من مهر المثل فينبغي أن يبطل في الزائد ، ويجري الخلاف في الباقي كتفريق الصفقة ، ولم يُقَل به وأيضاً يصير كبيعه بالإذن عيناً من أمواله وإن كان قال : انكح فلانة وأصدقها من هـٰذا المال فأصدقها منه ما يزيد علىٰ مهر المثل . . فهـٰذا يمكن أن يكون محل الخلاف بين الأصحاب وابن الصباغ لـٰكنه تصوير بعيد ، وأيضاً يأتي فيه حكم إذنه له في بيع عين من أمواله ، وقد يقال : إنه إذا لم ينص على المهر وعقد على قدر من غير جنس نقد البلد زائد على مهر المثل . . يكون محل الخلاف : فعند ابن الصباغ يرجع إلى مهر المثل ، وهو إنما يكون من نقد البلد ، وعند الأصحاب يصح في قدر مهر المثل من ذلك الذي سماه ، ويكون هـٰذا صورة المسألة ، وحينئذ يصح إطلاق التصوير ، سواء سلم له عيناً وأذن له في الإصداق منها أو لم يسلم) .

(٢) في هامش (ز) : (وتستثنىٰ منه صورتان يبطل فيهما النكاح :

الأولىٰ : أذن له أن ينكح بألف عيَّن المرأة أو لم يعينها ، فنكح بألفين ومهر مثلها ألف وخمس مئة مثلاً .

الثانية : قال له : انكح فلانة بألف ومهرها خمس مئة . . فالإذن باطل ، وقضيته أنه لا يصح النكاح ، والقياس صحته بمهر المثل كما لو قبل له الولي بزيادة علىٰ مهر المثل) .

وَإِنْ أَطْلَقَ ٱلإِذْنَ . . فَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِهِ . فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ . . ٱشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

بالمسمىٰ ، وإن كان مهر مثلها أقل من ألف . . صح النكاح بمهر المثل وسقطت الزيادة ؛ لأنها تبرع ، ولا مجال للتبرع في مال السفيه .

قال : (**وإن أطلق الإذن . . فالأصح : صحته**) كما لو أذن السيد لعبده في النكاح . . فيكفي الإطلاق .

والثاني : لا يصح ، بل لا بد من تعيين امرأة أو نساء قبيلة أو من تقدير المهر ؛ لأنا لو اعتبرنا الإذن المطلق . . لم نأمن أن ينكح من تستغرق ماله .

قال : (**وينكح بمهر المثل**) ؛ لأنه المأذون فيه ، ومقتضاه : أنه لا ينكح بأكثر ، وليس كذلك ، بل يصح وتسقط الزيادة ، ولو نكح بأقل . . صح بالمسمىٰ .

قال : (**من تليق به**) فلو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله . . فوجهان : اختيار الإمام والغزالي أنه لا يصح النكاح ، بل يتقيد بموافقة المصلحة .

فروع :

أحدها : ذكر ابن كج تفريعاً على اعتبار الإذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل إلىٰ غيرها فنكحها بمثل مهر المعينة ؛ لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات .

الثاني : قال له : انكح من شئت بما شئت . . نقل الشيخان عن بعضهم : أنه يبطل الإذن؛ لأنه رفع للحجر بالكلية، والذي نقلاه عن بعضهم جزم به الروياني في «البحر» .

الثالث : إذا اشتدت حاجة السفيه وخاف الوقوع في الزنا ولم يجد إلا امرأة لا ترضىٰ إلا بأكثر من مهر مثلها . . قال الإمام : في جواز إنكاحها احتمال عندي .

الرابع : قال ابن كج : الإذن للسفيه في النكاح لا يفيده جواز التوكل ؛ لأنه لم يرفع الحجر إلا عن مباشرته .

قال : (**فإن قبل له وليه . . اشترط إذنه في الأصح**) ؛ لأنه حر مكلف فلا بد من استئذانه .

وَيَقْبَلُ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ فَأَقَلَّ ، فَإِنْ زَادَ . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَبْطُلُ . وَلَوْ نَكَحَ ٱلسَّفِيهُ بِلاَ إِذْنٍ . . فَبَاطِلٌ ، فَإِنْ وَطِىءَ . . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، . . .

والثاني : لا يشترط كما يكسوه ويطعمه ويبيع له ويشتري بغير إذنه .

قال : (**ويقبل بمهر المثل فأقل**) ؛ نظراً له كما في الشراء له .

قال : (**فإن زاد . . صح النكاح بمهر المثل**) وتسقط الزيادة ؛ لتبرعه بها .

قال : (**وفي قول : يبطل**) كما لو اشترىٰ له بأكثر من ثمن المثل ، وهو كالخلاف في تزويج موليته بدون مهر المثل .

قال : (**ولو نكح السفيه بلا إذن . . فباطل**) كما لو استقل بالبيع والشراء ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده .

قال في « الدقائق » : وهٰذه العبارة أولىٰ من قول « المحرر » : (ولو نكح السفيه بغير إذن الولي . . .) ؛ لأنه يدخل في عبارة الكتاب ما إذا استأذنه فمنعه وأذن الحاكم . . فإنه يصح قطعاً ، مع أن الولي لم يخرج بمنعه مرة عن الولاية ؛ لأنها صغيرة[1] ، والمسألة تقدمت قريباً .

والألف واللام في (السفيه) للعهد وهو : المحجور عليه ، أما من طرأ سفهه . . فتصرفاته صحيحة ما لم يحجر عليه على الأصح ، وكذا المتعاطي لموجبات الفسق ولم يحجر عليه ليس حكمه حكم السفيه كما أفتىٰ به ابن الفركاح ، وذكر أن المصنف أفتىٰ بفساد النكاح وعدم وقوع الطلاق فيه ، قال : وهٰذا سبيل إلى استباحة المطلقة ثلاثاً وعمل الناس علىٰ خلافه .

قال : (**فإن وطىء . . لم يلزمه شيء**) كما لو اشترىٰ شيئاً فأتلفه ؛ وذلك لأن معاقدته والتسليم إليه تسليط على التصرف والإتلاف .

---

(١) في هامش (ز) : (قلت : وقد لا يعصي بالمنع ؛ لأنه قد يرىٰ أن المصلحة فيه ، أو أنه غير محتاج إليه) .

وَقِيلَ : مَهْرُ مِثْلٍ ، وَقِيلَ : أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ . . . .

وعبارته تشمل الحد والمهر ، أما الحد . . فبلا خلاف للشبهة ، وإن أتت بولد . . لحقه ، وأما المهر . . فكذلك على الصحيح ، واستشكله الرافعي ؛ لأنه حق الزوجة وقد تزوج ولا شعور لها بحال الزوج فكيف يبطل حقها؟ وأجيب بأن حقها يبطل بتمكينها .

ومقتضىٰ إطلاق المصنف : أنه لا يلزمه شيء في الحال ، ولا بعد فك الحجر ، وهو المذهب ، سواء علمت بسفهه أم لا ؛ لتفريطها[١] ، ومرادهم : السقوط ظاهراً ، أما في الباطن . . فنص الشافعي علىٰ لزوم مهر المثل بعد فك الحجر عنه ، وهو ظاهر منقاس .

وصورة المسألة : أن تكون المرأة رشيدة ، فإن كانت سفيهة . . وجب لها مهر المثل قطعاً كما لو تبايع سفيهان . . فإن كلاً منهما يضمن ما أتلفه لصاحبه[٢] .

قال : (**وقيل : مهر مثل**) ؛ لئلا يعرى الوطء عن عقر أو عقوبة[٣] .

قال : (**وقيل : أقل متمول**) أي : عادة ؛ رعاية لحق السفيه ، ووفاء بحق التعبد ؛ إذ به يتميز عن السفاح ، ولأن الخلو عن المهر بالكلية من خصائص خير البرية صلى الله عليه وسلم .

---

(١) في هامش (ز) : (وهو المنقول عن البغداديين ، وقال البصريون : محل الخلاف عند جهلها ، وإلا . . فلا مهر قطعاً) .

(٢) في هامش (ز) : (كما ذكره النووي في « فتاويه » ، قال الإسنوي في « التنقيح » : وينبغي أيضاً استثناء من زوجت بالإجبار ؛ فإنه لا تقصير من جهتها ، فإنها لم تأذن ، والتمكين واجب عليها) .

وفي هامشها أيضاً : (وبالأولىٰ ما لو كانت صغيرة أو مجنونة فسلمها الولي عالماً بحاله أو جاهلاً ، والقياس : أن لا استثناء كسائر الإتلافات البدنية ، ولهـٰذا : لو قال سفيه لآخر : اقطع يدي ، فقطعها . . لم يلزمه شيء ، ويقوىٰ ذلك في المطاوعة العالمة بفساد النكاح فإنها زانية ، وقد قال في « البسيط » : وأما السفه في جانبها . . فلا يظهر له أثر) .

(٣) في هامش (د) : (عبارة الرافعي : لأن تعرية الوطء عن الحدِّ والمهر جميعاً لا سبيل إليها) .

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ . . يَصِحُّ نِكَاحُهُ ، وَمُؤَنُ ٱلنِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ ، لاَ فِيمَا مَعَهُ .
وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلاَ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ ، . . . .

فرعان :

أحدهما : إقرار السفيه بالنكاح . . قال البغوي لا يصح ؛ لأنه ليس ممن يباشره ، واستشكله الرافعي بإقرار المرأة ، وجزم الرافعي في (أول الإقرار) بما قاله البغوي ، علىٰ أن البغوي قد جزم هناك بالصحة عكس ما جزم به هنا ، ثم إن هـٰذا إنما يتأتىٰ إذا لم يأذن الولي للسفيه فيه ، فإن أذن له فيه . . لزم القول بصحته .

وقال ابن الرفعة : قياس تزويجه له بغير إذنه أن يقبل إقراره عليه عند الحاجة ، ولا يقبل عند عدمها وقت الإقرار ، كالأب إذا أقر على البنت يقبل حالة البكارة دون الثيوبة .

الثاني : إذا كان السفيه مطلاقاً . . سري جارية ، فإن تبرم بها . . أبدلت له .

وكثرة الطلاق أن يزوجه ثلاث نسوة على التدريج فيطلقهن ، وقيل : امرأتين ، ويحتمل أنه طلاق واحدة ثلاثاً بكلمة واحدة .

قال : (**ومن حجر عليه بفلس . . يصح نكاحه**) ؛ لصحة عبارته وثبوت ذمته ، وهـٰذه تقدمت في (الفلس) .

قال : (**ومؤن النكاح**[1] **في كسبه ، لا فيما معه**) ؛ لأن الذي معه كالمرهون بحقوق الغرماء فلا يصرف إلىٰ مؤن النكاح ، فإن لم يكن له كسب . . ففي ذمته إلىٰ أن ينفك الحجر .

قال في « المطلب » : فإن لم تعلم المرأة بفلسه ولا كسب له . . يشبه أن يثبت لها الخيار ، خصوصاً إذا قلنا : إن لها الفسخ بالإعسار بالنفقة والمهر جميعاً ؛ لأن ماله الموجود لأجل الغرماء كالمفقود في حقها .

قال : (**ونكاح عبد بلا إذن سيده باطل**) سواء كان سيده ذكراً أو أنثى ، اتفق

---

(١) في هامش (ز) : (شملت المهر والنفقة ونحوهما . [وقوله : « النكاح »] : أي : المتجدد بعد الحجر ؛ فإن مؤن السابق فيما معه إلا أن يستغني بالكسب ، كما قاله المصنف في بابه) .

. . . .

الشافعي والأصحاب عليه ، بل قال في « الأم » : لا أعلم بين أحد لقيته ـ ولا حكي [لي] عنه ـ من أهل العلم اختلافاً في ذلك .

وقال الرافعي : خلافاً لمالك حيث قال : يصح وللسيد فسخه ، ولأبي حنيفة حيث قال : يقف علىٰ إجازة السيد(١) .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده . . فهو عاهر » ، وفي رواية صححها الحاكم : « فنكاحه باطل » ، وفي « سنن أبي داوود » [٢٠٧١] و« الترمذي » [١١١١] من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر وقال الترمذي : حسن صحيح ، ورواه ابن ماجه [١٩٥٩] عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن ابن عمر .

وعبد الله بن محمد بن عقيل المذكور يحتج بحديثه هـٰذا ، وأما حديثه الذي رواه الأصوليون عن عبد الله بن أنيس لأن جابر بن عبد الله رحل مسيرة شهر لسماعه . . فمردود ؛ لتفرده به ، واختلاف الناس في نسبه ، قيل : جهني ، وقيل : أنصاري ، ومختلف في أنهما اثنان أو واحد ، وفي أن جابراً قدم عليه الشام أو مصر؟ .

وابن عقيل معروف بالاضطراب وسوء الحفظ ، وتكلم فيه أبو زرعة وابن معين وابن مهدي وأبو حاتم ، وإنما يثني عليه من المحدثين من يرىٰ بهـٰذا المذهب الخبيث الحرف والصوت لدسيسة في معتقده .

واقتضىٰ إطلاق المصنف : أن العبد إذا وطىء . . لم يلزمه شيء كالسفيه ، وهو كذلك ، إلا أن تكون المنكوحة أمة . . ففي لزومه خلاف(٢) ؛ لأن الحق لغيرها .

---

(١) في هامش (د) : (الحكم عند المالكية : أن العقد صحيح ، ولـٰكن لا يجوز له الوطء وغيره مما يترتب على العقد إلا بإذنه كما صرح بذلك في « منح الجليل علىٰ شرح خليل » حين قال : وللسيد ردّ نكاح عبده بطلقة واحدة لصحته بائنة ؛ لأنها جبرية ، ولأن الطلاق الرجعي إنما يكون في نكاح لازم حلّ وطؤه وهـٰذا ليس لازماً ووطؤه ممنوع) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (لا خلاف في وجوب مهر المثل ، وإنما الخلاف في محل تعلقه هل هو الذمة أو الرقبة؟ والأصح الأول ، والمسألة مذكورة في « المحرر » و« المنهاج » وغيرهما قبيل « الصداق » .

وقيل : إن كانت حرة . . فبالذمة قطعاً ، أو أمة . . فبالرقبة قطعاً ، حكاهما الشيخان في =

وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ ، ولَهُ إِطْلَاقُ ٱلإِذْنِ ، وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِٱمْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ ، وَلاَ يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ . . . .

وجزم القاضي في « فتاويه » بنفي الحد عنه أيضاً .

قال : (**وبإذنه صحيح**) ؛ لمفهوم الحديث ، وفهم المعنى الذي اقتضىٰ منعه من ذلك ، حتىٰ لو أذنت المرأة لعبدها فيه فنكح . . صح على المشهور وإن لم يكن لها عبارة في النكاح ، لـٰكن يشترط أن يقع الإذن والسيد غير محرم كما تقدم[1] .

قال : (**وله إطلاق الإذن ، وله تقييده بامرأة أو قبيلة أو بلد ، ولا يعدل عما أُذن فيه**) مراعاة له ، وإذا أطلق الإذن . . فله أن يتزوج حرة أو أمة ، وفي تلك البلد وغيرها ، لـٰكن للسيد منعه من الخروج إلىٰ بلد أخرىٰ ، فإن قدر له مهراً فزاد . . فالزيادة في ذمته يتبع لها إذا عتق .

فروع :

رجع السيد عن الإذن فتزوج العبد ولم يعلم . . فهو على الخلاف في الوكيل ، ولو طلق بعدما نكح بإذن سيده . . لم ينكح أخرىٰ إلا بإذن جديد ، وهل له أن ينكح التي طلقها إذا كان الطلاق بائناً؟ الذي يظهر : لا ، فإن كان رجعياً . . ففي استرجاعها بغير إذنه خلاف يأتي في بابه .

ولو نكح نكاحاً فاسداً . . فهل له نكاح أخرىٰ؟ فيه خلاف مبني علىٰ أن الإذن هل

= الموضع المذكور ، فقول الشارح : « وهو كذلك » معترض ، وقوله : « إلا أن تكون المنكوحة أمة ففي لزومه خلاف » معترض أيضاً ، فلا خلاف في الوجوب ، وإنما الخلاف في أنه هل يقطع بتعلقه بالرقبة أو يجري القولان في تعلقه بالذمة أو الرقبة؟ فراجع كتب الشيخين وغيرهما تتعجب مما وقع له في هـٰذا الموضع) .

(١) في هامش (د) : (هـٰذا الفرع ذكره في « شرح المهذب » في « الحج » ، ونقل عن ابن القطان : أنه لا يصح الإذن في حالة الإحرام ، وفيه احتمال للدارمي ، هـٰكذا نقله ابن الملقن في الكلام علىٰ قول « المنهاج » : « وإحرام أحد العاقدين أو الزوج يمنع صحة النكاح » ، والذي يظهر صحة الإذن ؛ لأن الإذن ليس بعقد ولا توكيل) .

يشمل الصحيح والفاسد أو يختص بالصحيح[1] .

والمدبر ومعلق العتق كالقن ، والمكاتب ينكح بالإذن ، وقيل : قولان كتبرعه .

قال : (**والأظهر : أنه ليس للسيد إجبار عبده على النكاح**) ؛ لأنه يملك رفع النكاح بالطلاق ، فكيف يجبر علىٰ ما يملك رفعه والسيد لا يملك منفعة بضعه؟! ولأن النكاح عقد يلزم ذمة العبد مالاً فلا يجبر عليه كالكتابة ، وهـٰذا هو الجديد وبه قال أحمد .

والثاني ـ وهو القديم وإليه ذهب أبو حنيفة ومالك ـ : له إجباره بالإكراه[2] ؛ لأنه مملوكه فأشبه الأمة ، هـٰذا إذا كان العبد بالغاً ، فإن كان صغيراً . . فطريقان :

أظهرهما : طرد القولين ، ولذلك أطلقه المصنف .

والثاني : القطع بالإجبار نظراً له دون الكبير ، وسيأتي في (كتاب الرضاع) ما يوهم تصحيح إجبار الصغير في قوله : (ولو زوج أم ولده عبده الصغير) .

والحكم في المجنون كالصغير ، ومحل الخلاف في غير المكاتب والمبعض ؛ فإنهما لا يجبران قطعاً .

قال في « المهمات » : والذي رجحه الشيخان من عدم تزويج العبد الصغير مخالف لنص الشافعي والأصحاب والقياس الجلي ، وربما جزما به في (باب التحليل) نقلاً عن الأئمة ، ثم ذكر النص .

قال : وأما القياس . . فلأنه يجوز عندنا للأب والجد تزويج الولد الصغير ؛ لأنهما يليان أمره ، فإذا جاز لمن يملك التصرف في المال . . جاز للسيد من باب أولىٰ ؛ لأنه يملك التصرف في رقبته .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (الصحيح : اختصاصه بالصحيح) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (عبارة الرافعي : وإذا فرعنا علىٰ جواز الإجبار . . فللسيد أن يقبل النكاح للعبد البالغ ، وله أن يكرهه على القبول ويصح ؛ لأنه غير مبطل في الإكراه ، قاله في « التهذيب » ، وفي « التتمة » : أن قبوله بالقهر لا يصح . اهـ
فاقتصار المصنف تبعاً لابن الملقن علىٰ أن للسيد إجباره بالإكراه . . عجيب ؛ فإن الجبر يحصل بأحدهما) .

وَلاَ عَكْسِهِ وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ ، . . . .

قال : (**ولا عكسه**) يعني : إذا طلب العبد النكاح هل يجب على السيد إجابته؟ وجهان :

أصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة ومالك ـ : لا يجب ؛ لأنه يشوش عليه مقاصد الملك وفوائده .

والثاني : يجب ـ وبه قال أحمد ـ لأنه قد يكون في المنع توريط له في الحرام ، وعلىٰ هـٰذا : إذا طلبه من السيد فلم يأذن له فيه . . رفع العبد الأمر إلى السلطان ليزوجه كما لو عضل عن نكاح موليته .

فلو طلبه المكاتب . . ففيه القولان وأولىٰ بالإجبار .

قال : (**وله إجبار أمته بأي صفة كانت**) صغيرة أو كبيرة ، بكراً أو ثيباً ، عاقلة أو مجنونة ، رضيت أو سخطت ؛ لأن النكاح يرد على البضع وهو مملوك له وبهـٰذا فارقت العبد .

وتقدم في تتمة الفصل الذي قبل هـٰذا : أنه لا يجوز أن يزوجها من مجذوم أو أبرص أو مجنون بغير رضاها .

ويستثنىٰ من إطلاقه المبعضة والمكاتبة ، فلا يجبرهما السيد كما تقدم[١] .

وكذلك أمة المبعض لا تزوج ؛ لأن مباشرة العقد منه ممتنعة ؛ لأنه لا ولاية له ما لم تكمل الحرية ، وإذا امتنعت مباشرته . . امتنعت إنابته غيره ، وتزويجها بغير إذنه ممتنع فاستد باب تزويجها ، كذا أفتىٰ به البغوي وغيره[٢] .

ولا يزوج السيد أمة مكاتبه ولا عبده ، ولا يزوجهما المكاتب بغير إذن سيده ، وبإذنه قولان كتبرعه .

والأمة الوثنية والمجوسية يأتي حكمهما في أن السيد بماذا يزوج؟

---

(١) في هامش (ز) : (أي : في المكاتب والمبعض) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (هـٰذا تفريع علىٰ أن السيد يزوج بالولاية ، ويدل عليه قوله : لأنه لا ولاية له ، أما إذا قلنا : يزوج بالملك ـ وهو الأصح ـ فيزوج ، وستأتي حكاية هـٰذا الخلاف والتفريع عليه في كلام « المنهاج ») .

فَإِنْ طَلَبَتْ . . لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا ، وَقِيلَ : إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ . . لَزِمَهُ . . . .

فرع :

إذا كان لعبده المأذون في التجارة أمة ، فإن لم يكن على العبد دين . . جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح ؛ لأن الملك له ولم يتعلق به حق غيره ، وإن كان عليه دين ، فإن زوجها بإذن العبد والغرماء . . صح ، وإن زوجها بإذنه دون إذنهم أو بالعكس . . لم يصح على الصحيح[1] ، وبيع السيد هـٰذه الجارية وهبتها ووطؤها كتزويجها في حالتي وجود الدين وعدمه ، وإذا وطئها بغير إذن الغرماء . . فهل عليه المهر؟ وجهان ، قال المصنف : ولعل أصحهما الوجوب .

وإن أحبلها . . فالولد حر والجارية أم ولد إن كان موسراً ، فإن كان معسراً . . لم تصر أم ولد ، بل تباع في الدين ، فإن ملكها بعدُ . . فالحكم كما سبق في المرهونة ، وكذا الحكم في استيلاد الجارية الجانية ، وفي استيلاد الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين .

قال : (**فإن طلبت . . لم يلزمه تزويجها**) ؛ لما فيه من تفويت الاستمتاع عليه ، ونقصان القيمة .

قال : (**وقيل : إن حرمت عليه . . لزمه**) ؛ إذ لا يتوقع منه قضاء الشهوة ، ولا بد من إعفافها[2] .

هـٰذا إذا حرمت عليه مؤبداً ، فإن كان تحريمها لعارض بأن ملك أختين فوطىء إحداهما ثم طلبت الأخرىٰ تزويجها . . لم تجب الإجابة ؛ لأن تحريمها عارض ، لـٰكن تستثنىٰ أمة القراض فليس للسيد تزويجها كما تقدم في بابه[3] .

---

(١) في هامش (ت) : (ويظهر لك من هـٰذه المسألة لغز فيقال : سيد له عبد وأمة ، ولا يجوز لهـٰذا السيد وطء هـٰذه الأمة ولا هبتها ولا تزويجها إلا بإذن عبده ، وهـٰذه صورته إذا أذن الغرماء ولم يأذن العبد . فتدبر) .

(٢) في هامش (ز) : (وقيد ابن يونس الوجوب بالبلوغ ؛ لانتفاء الحاجة مع الصغر ، وهو واضح) .

(٣) في هامش (ز) : (لأنه ينقص) .

وَإِذَا زَوَّجَهَا . . فَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ بِٱلْمِلْكِ لاَ بِٱلْوِلاَيَةِ ؛ فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَهُ ٱلْكَافِرَةَ وَفَاسِقٌ . . . .

وشمل إطلاقه ما إذا كانت الأمة لامرأة ، وفي « البيان » : ينبغي أن يكون في إجبارها الخلاف فيما إذا كانت لرجل وهو لا يملك الاستمتاع بها .

قال : (**وإذا زوجها . . فالأصح : أنه بالملك لا بالولاية**) ؛ لأنه يملك الاستمتاع بها فتزويجه إياها تصرف في ذلك الاستمتاع المملوك له ، والتصرف فيما يملك استيفاؤه ونقله إلى الغير يكون بحكم الملك ، كاستيفاء المنافع ونقلها بالإجارة .

والثاني : أنه بالولاية ؛ لأن عليه النظر ورعاية المصلحة لها ، حتىٰ لا يجوز تزويجها من معيب بغير رضاها ، ونظير الخلاف إقامة الحد على الرقيق للسيد هل يقيمه بالولاية علىٰ ملكه كولاية التزويج أو تأديباً أو إصلاحاً كالفصد والحجامة؟ وجهان : أصحهما : الثاني .

قال : (**فيزوج مسلم أمته الكافرة**) هـٰذا تفريع على التزويج بالملك ، ولهـٰذا ذكره بـ(الفاء) ، وفيه وجه : أنه لا يزوج كما لا يزوج ابنته الكافرة ، وهو قول المزني والداركي وطائفة ، وهو بناء علىٰ أنه يزوجها بالولاية .

وعكسه إذا كان لكافر أمة مسلمة أم ولد . . قال ابن الحداد : يزوجها بحق الملك ، والأصح : المنع ؛ لأن حق المسلم في الولاية آكد ؛ لأنه تثبت له الولاية على الكافرات بالجهة العامة ، ولأن المسلم يملك الاستمتاع ببضع الكافرة فيملك تزويجها ، بخلاف العكس .

وتعبيره بـ(الكافرة) يشمل : المجوسية والوثنية ، وفيهما وجهان مبنيان على العلتين : إن قلنا بالأولىٰ . . فله تزويجها ، وإن قلنا بالثانية . . فلا ، وهوالمذكور في « التهذيب » ، والأول أصح عند الشيخ أبي علي ، ولا ترجيح في « الشرح » ولا في « الروضة » لشيء من الوجهين ، ولذلك عبر في « المحرر » بـ(الكتابية) .

قال : (**وفاسق**) هـٰذا إذا سلبناه الولاية ؛ لأنه يتصرف بالملك كالإجارة ، فإن قلنا : بالولاية . . فلا ، لـٰكن يستثنى الإمام الأعظم علىٰ هـٰذا القول ؛ فالأصح : أنه يزوج مع ذلك .

وَمُكَاتَبٌ ، وَلاَ يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدَ صَبِيٍّ ، وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (ومكاتب) تفريع علىٰ أنه يزوج بالملك ، لـٰكن لا يستقل به ؛ لضعف ملكه .

قال : (ولا يزوج ولي عبد صبي) وكذلك المجنون والسفيه على الأصح في الجميع ؛ لما فيه من انقطاع أكسابه وفوائده عنهم[1] .

والثاني : يجوز ؛ لأنه قد تقتضيه مصلحة ، قال في « الدقائق » : هـٰذه العبارة أصوب من قول « المحرر » : لا يجبر ؛ لأنه لا يلزم من عدم إجباره منع تزويجه برضاه ، والصحيح منعه ، وبه قطع البغوي .

قال : (ويزوج أمته في الأصح)[2] ؛ اكتساباً للمهر والنفقة، هـٰذا إذا ظهرت الغبطة .

والثاني : المنع ؛ لأنه قد تنقص قيمتها ، وقد تحبل فتهلك .

والثالث : يزوج أمة الصبية دون الصبي ؛ لأنه قد يحتاج إليها بعد البلوغ[3] .

تتمة :

أطلق المصنف (الأمة) والمراد : أمة يجوز له أن يزوجها لو كانت بالغة ، فلو كانت مجوسية . . امتنع تزويجها عليه وعلىٰ وليه[4] ، وكذا لو كان الصغير كافراً وله أمة مسلمة . . لا يجوز لوليه تزويجها[5] .

* * *

---

(١) في هامش (ز) : (والصبية والمجنونة والسفيهة كذلك) .

(٢) في هامش (ز) : (لو عبر بقوله : أمة المحجور . . كان أولىٰ ؛ حتىٰ يعم) .

(٣) في هامش (ز) : (قال الإمام : ويجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة وإن لم يزوج السيد .
وليس للأب تزويج أمة بنته البكر البالغة قهراً وإن زوج السيدة ، قال الرافعي : وهـٰذا يوافق وجهاً للأصحاب في أن ولي المال يزوج أمة الصغير والمجنون ، والأظهر : أن الذي يزوجها هو ولي النكاح الذي يلي المال ، وعلىٰ هـٰذا : لا يزوج الأب أمة الثيب الصغيرة) .

(٤) في هامش (د) و(ز) : (ينبغي بناؤها على الوجهين السابقين) .

(٥) في هامش (د) و(ز) : (ينبغي أن يقال : إن كان وليه كافراً . . فعلى الخلاف السابق في تزويج الكافر أمته المسلمة ، وإن كان مسلماً كأن يكون في ولاية قاضي المسلمين . . فيجوز تزويجها) .

. . . .

خاتمة

أعتق في مرض موته أمة.. قال ابن الحداد : لا يجوز لوليها تزويجها حتىٰ يبرأ أو يموت وتخرج من ثلثه ، وقال الجمهور : يجوز لوليها تزويجها ؛ لأنها حرة في الظاهر كالموهوبة في المرض يتصرف المتهب فيها ، وعلىٰ هٰذا : النكاح صحيح ظاهراً ، فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق.. تحققنا نفوذ النكاح على الصحة ، وإلا فإن رد الورثة أو أجازوا وقلنا : الإجازة عطية مبتدأة.. بان فساد النكاح ، وإلا.. بانت صحته ؛ اعتباراً بما في نفس الأمر .

* * *

بَابُ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنِّكَاحِ

. . . .

باب ما يحرم من النكاح

لم يبوب عليه في « المحرر » ولا علىٰ ما بعده إلى (الصداق) ، بل جعلها فصولاً ، والمصنف أخذ الترجمة من « التنبيه » وهي حسنة .

والتحريم في العقد يطلق بمعنىٰ عدم الصحة وهو المراد هنا[1] ، ويطلق بمعنى التأثيم مع الصحة كما في نكاح المخطوبة علىٰ خطبة الغير .

والتحريم هنا محصور في أربعة أجناس :

الأول : المحرمية ، وهي الوصلة المانعة من النكاح على التأبيد ، ولها ثلاثة أسباب : القرابة والرضاع والمصاهرة .

والجنس الثاني : ما لا يقتضي التحريم بصفة التأبيد .

والثالث : رق المرأة .

والرابع : الكفر .

ودليل الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ الآية .

فقيل المحرم : العين ، وقيل : الوطء ، وقيل : العقد ، وهو الصحيح[2] ، وأخذ ابن الرفعة منه تحريم الإقدام على العقود الفاسدة كما تقدم ، وللأصحاب في ضبط القرابة عبارتان :

---

(١) في هامش (ز) : (كما قاله ابن الرفعة ، قال السبكي : ولا ضرورة إلىٰ هـٰذا ، بل التحريم هنا علىٰ حقيقته ، ومعه عدم الصحة) .

(٢) في هامش (ز) : (قال الماوردي : واختلف في انصراف التحريم إلىٰ ماذا علىٰ وجهين :
أحدهما ـ وهو قول الأكثرين ـ : إلى العقد والوطء جميعاً .
والثاني : إلى العقد ؛ لأن الوطء محرم بالعقد ، والأول أصح . اهـ
نقله الزركشي بعد أن قال : المراد العقد) .

تَحْرُمُ ٱلْأُمَّهَاتُ ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْكَ أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ فَهِيَ أُمُّكَ . وَٱلْبَنَاتُ ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدْتَهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا فَبِنْتُكَ . قُلْتُ : وَٱلْمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ ، . .

إحداهما : قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : يحرم على الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول[1] .

فالأصول : الأمهات ، والفصول : البنات ، وفصول أول الأصول : الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : العمات والخالات .

قال الجوهري : قولهم : لا أصل له ولا فصل ، قال الكسائي : الأصل : الحسب ، والفصل : اللسان .

والثانية : عن تلميذه أبي منصور البغدادي يحرم نساء القرابة غير ولد الخؤولة والعمومة ، وهو أوجز وأحسن ؛ لتنصيصه على الإناث .

قال : (**تحرم الأمهات**) هـٰذا هو السبب الأول من الجنس الأول وهي القرابة ، ويحرم بها سبع وهي المذكورات في الآية إلىٰ قوله : ﴿ **وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ** ﴾ وابتدأ المصنف بما بدأ الله به .

قال الواحدي : أكثر استعمال العرب في الآدميات الأمهات ، وفي غيرهن من الحيوانات أمات بحذف الهاء ، وجاء في الآدميات أمات بحذفها وفي غيرهن بإثباتها .

قال : (**وكل من ولدتك أو ولدت من ولدك فهي أمك**) الأولىٰ حقيقة ، والثانية مجاز على الأصح .

قال : (**والبنات ، وكل من ولدتها أو ولدت من ولدها فبنتك**) هو كالذي سبق .

قال : (**قلت : والمخلوقة من زناه تحل له**) هـٰذا هو أصح الأوجه ، وبه قال مالك ؛ لأنه لم يثبت لها شيء من أحكام البنوة من الميراث ونحوه بالإجماع ، ولا يقدح في ذلك ما في « كتاب التبصرة » لأبي الحسن اللخمي ، وفي « كتاب

---

(١) في هامش (ز) : (لا معنىٰ لتخصيص ذلك بالرجل ؛ فإن التحريم شامل للنوعين بمن خص التحريم به ؛ لأنه المباشر للعقد ، وإلا . . فهو شامل لهما) .

الأموال » لأبي عبيد عن أحمد بن نصر الداوودي المالكي : أن ولد الزنا يلحق الزاني إذا علم أنه منه .

وعلى المذهب : يكره له من جهة الورع أن يتزوج بها خروجاً من الخلاف(١) .

والوجه الثاني : أنها تحرم عليه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وزعم ابن القاص أنه المذهب .

والثالث : يحرم إن تحقق أنها منه ، واختاره الروياني وجماعة ، ويحصل تيقن ذلك بأن يحبسها عنده من الزنا إلى الولادة .

وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : إنما يكون ذلك بإخبار الصادق ، وسواء طاوعته على الزنا أو أكرهها .

والمنفية باللعان تحرم عليه إن كان قد دخل بالملاعنة ؛ لأنها ربيبة امرأة مدخول بها ، وكذا إن لم يدخل بها على الأصح ؛ لأن انتفاءها عنه ليس قطعياً ؛ لأنه لو أكذب نفسه في النفي . . لحقته .

قال المتولي : وعلىٰ هـٰذا : ففي وجوب القصاص بقتلها والحد بقذفها والقطع بسرقة مالها وقبول شهادته لها وجهان(٢) .

قال : (**ويحرم على المرأة ولدها من الزنا والله أعلم**) وهـٰذا مجمع عليه كما أجمعوا علىٰ أنه يرثها وترثه ، ويتوارث ولداها بأخوة الأم ، وهـٰذه الزيادة داخلة في قول « المحرر » تحرم الأمهات .

---

(١) في هامش (ز) : (وقيل لاحتمال كونها منه) .

(٢) في هامش (ت) : (قال في « شرح الروض » [٣/١٤٩] : نقلهما الأصل ـ يعني « الروضة » ـ عن « التتمة » أشبههما كما قال الأذرعي واقتضاه كلام « التتمة » : نعم ، ووقع في نسخ « الروضة » السقيمة ما يقتضي تصحيح مقابله ، فاغتر بها الزركشي وغيره فعزوا تصحيحه إلىٰ نقل الشيخين له عن « التتمة » .

قال البلقيني : وهل يأتي الوجهان في انتقاض الوضوء بمسها وجواز النظر إليها والخلوة بها أو لا؟ إذ لا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمية كما في الملاعنة وأم الموطوءة بشبهة وبنتها ، والأقرب عندي عدم ثبوت المحرمية . اهـ هـٰذه عبارة « شرح الروض » وبالله التوفيق) .

وَٱلأَخَوَاتُ . وَبَنَاتُ ٱلإِخْوَةِ وَٱلأَخَوَاتِ . وَٱلْعَمَّاتُ . وَٱلْخَالاَتُ . وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ فَعَمَّتُكَ ، أَوْ أُخْتُ أُنْثَىٰ وَلَدَتْكَ فَخَالَتُكَ . وَيَحْرُمُ هَـٰؤُلاَءِ ٱلسَّبْعُ بِٱلرَّضَاعِ أَيْضاً . وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْكَ ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ ، أَوْ مَنْ وَلَدَكَ ، أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَكَ ، أَوْ ذَا لَبَنِهَا فَأُمُّ رَضَاعٍ ، وَقِسِ ٱلْبَاقِي . . . .

قال : (**والأخوات ، وبنات الإخوة والأخوات ، والعمات ، والخالات**) ؛ للآية

قال : (**وكل من هي أخت ذكر ولدك فعمتك ، أو أخت أنثىٰ ولدتك فخالتك**) فأخت الأب والأم حقيقة ، وأخت الجد والجدة مجاز على الأصح ، ولا تحرم بناتهن .

قال : (**ويحرم هـٰؤلاء السبع بالرضاع أيضاً**) وهو السبب الثاني من الجنس الأول ، ويدل له قوله تعالىٰ : ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَـٰعَةِ ﴾ نص على الأم والأخت وقسنا الباقي عليهما ، وفي « الصحيحين » [خ ٢٦٤٦ـ م ١٤٤٤] : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » ، ويروىٰ [خ ٢٦٤٥ـ م ١٤٤٥] : « ما يحرم من النسب » ، وقال داوود : لا يحرم إلا ما في القرآن .

قال : (**وكل من أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو من ولدك ، أو ولدت مرضعتك ، أو ذا لبنها فأم رضاع**) قوله : (من ولدك) يعني : بواسطة أو بغير واسطة ، وقوله : (ذا لبنها) يعني : الفحل الذي لبن المرضعة منه[1] .

قال : (**وقس الباقي**) أي : باقي الأصناف المتقدمة من البنات والأخوات ، فكل امرأة أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك أو أرضعت من ولدك بواسطة أو بغير واسطة . . فهي أمك ، وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل ، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولدته أو أرضعتها امرأة ولدتها أنت . . فهي بنتك ، وكذلك بناتها من النسب والرضاع .

وكل امرأة أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن أبيك . . فهي أختك ، وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل .

---

(١) في هامش (ز) : (يرد علىٰ هـٰذا الضابط من أرضعت ذا اللبن) .

وَلاَ تَحْرُمُ عَلَيْكَ مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاكَ وَنَافِلَتَكَ ، وَلاَ أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِكَ وَبِنْتُهَا ، وَلاَ أُخْتُ أَخِيكَ بِنَسَبٍ وَلاَ رَضَاعٍ ، وَهِيَ : أُخْتُ أَخِيكَ لِأَبِيكَ لأُمِّهِ وَعَكْسُهُ .

وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدها من النسب والرضاع عماتك وخالاتك ، وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو ارتضعت بلبن جد لك من النسب والرضاع .

وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع بنات أخيك وأختك .

قال : (**ولا تحرم عليك من أرضعت أخاك ونافلتك ، ولا أم مرضعة ولدك وبنتها ، ولا أخت أخيك بنسب ولا رضاع ، وهي : أخت أخيك لأبيك لأمه وعكسه**) صورته في النسب ما ذكره .

وصورته في الرضاع : أن ترضعك امرأة ثم ترضع صغيرة أجنبية منك فلأخيك نكاحها .

وقوله : (وعكسه) ليست في « المحرر » ولا في « الشرحين » ولا في « الروضة » ، وصورتها : أخت أخيك لأمك لأبيه وهي صورة صحيحة ، فهٰؤلاء أربع نسوة يحرمن في النسب ، وفي الرضاع قد يحرمن وقد لا يحرمن .

والضابط المبين لهٰذا : أن الرضاع ينتشر إلى الأصول والفروع ولا يسري إلى الحواشي فلذلك حلت هٰذه المسائل ، واستثنيت من قولنا : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وعند التأمل لا يحتاج إلى استثنائها ، بل ذلك الكلام علىٰ عمومه .

وهٰذه المسائل صحيحة ، ولذلك قال الرافعي في (الرضاع) ونقله في « الروضة » هنا عن المحققين : لا تستثنى الصور الأربعة ؛ لأنها ليست داخلة في الضابط ، ولهٰذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب ، ولا استثنيت في الحديث الصحيح ؛ لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت ؛ لأنها أم أو حليلة أب ولم يوجد ذلك ، وكذا القول في باقيهن .

وأغرب الجيلي في « الإعجاز » في حكايته عن ابن القاص في « كتاب الوشائح » : أنه جوز نكاح زوجة ابن البنت مستدلاً بأن الله تعالىٰ قال : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾

وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، . . . .

وابن البنت ليس ابناً له بدليل قول الشاعر [من الطويل] :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الأباعد[1]

وقد نظم الشيخ علاء الدين القونوي الأربعة التي ذكرها الرافعي[2] فقال [من الخفيف] :

أربع في الرضاع هن حلال   وإذا ما انتسبن هن حرام

جدة ابن وأخته ثم أم   لأخيه وحافد والسلام[3]

قال : (**وتحرم زوجة من ولدت أو ولدك من نسب أو رضاع**) هـٰذا هو السبب الثالث وهو المصاهرة ، ودليله قوله تعالىٰ : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ ﴾ .

وفي معنىٰ حليلة الابن حلائل الأحفاد وإن سفلوا ، وفي معنىٰ زوجة الأب : زوجات الأجداد وإن علوا من قبل الأب والأم ، وكان هـٰذا في الجاهلية يسمىٰ نكاح المقت قال تعالىٰ : ﴿ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا ﴾ .

ولا فرق في ذلك بين النسب والرضاع[4] ، وقوله تعالىٰ : ﴿ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ خرج به زوجة الذي يتبناه الإنسان كما كانت العرب تفعل ، فلا تحرم .

وقوله : ﴿ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ ﴾ هنا وفي الأختين المراد : ما وقع في أنساب العرب قبل الإسلام ، وقد حفظ الله تعالىٰ نسب سيد المرسلين من آدم إليه صلى الله عليه

---

(1) في هامش (ز) : (كان ينبغي تأخر ما نقله عن ابن القاص ـ كما فعله الزركشي ـ عن قوله : « وتحرم زوجة من ولدت » ؛ لأنه من التحريم بالمصاهرة) .

(2) في هامش (ز) : (والخامسة في كلام « المنهاج » عامة في الرضاع والنسب) .

(3) في هامش (ز) : (وحذف في « التعجيز » أم الحافد ، وزاد ثلاث مسائل وهي : أم العم والعمة ، وأم الخال والخالة ، وأخو الابن ، وصورة هـٰذه الأخيرة في امرأة لها ابن ثم إن ابنها ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن ، فذلك الابن أخو ابن المرأة المذكورة أولاً ، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهـٰذا الذي هو أخو ابنها) .

(4) في هامش (ز) : (وكونه من الرضاع ثبت بالحديث وهو مقدم ؛ لكونه منطوقاً علىٰ مفهوم الآية : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾) .

وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِكَ مِنْهُمَا ، وَكَذَا بَنَاتُهَا إِنْ دَخَلْتَ بِهَا . . . .

وسلم ، فلم يزل محفوظاً عن السفاح وغيره مما نهي عنه ، ولم يدخل فيه شيء إلا من نكاح صحيح كنكاح الإسلام .

تنبيه :

عبارة « المحرر » : يحرم بالنكاح الصحيح أمهات الزوجة إلىٰ آخره[١] ، قال في « الدقائق » : الصواب حذف لفظ (الصحيح) ؛ فإن التحريم يثبت بالنكاح الفاسد ، وليس كما قال ، بل الصواب إثباتها ، فإن من تحرم بالعقد وهن الثلاثة الأول إذا أبانهن قبل الوطء . . لا يحرمن إلا بعقد صحيح .

نعم ؛ لو وطئهن في العقد الفاسد . . حرمن بالوطء فيه لا به ، والعجب أنه صرح بهٰذا في « الروضة » تبعاً « للشرح » .

وأما الرابعة ـ وهي بنت الزوجة ـ فلا تحرم إلا بوطء أمها ولو في نكاح فاسد .

قال : (**وأمهات زوجتك منهما**) يعني : من النسب والرضاع[٢] ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ **وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ** ﴾ وأمهاتها حقيقة من ولدتها وجداتها في معناها مجازاً .

قال : (**وكذا بناتها إن دخلت بها**)[٣] ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ **وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ** ﴾ وهٰذا القيد يرجع إلى الثاني فقط ؛ لأنه

---

(١) في هامش (ز) : (كما قاله في « المهمات » قال : وتقييد « المحرر » هنا صحيح ، لٰكنه قال بعده : وتحرم بالدخول في النكاح الصحيح بنات الزوجة . . . إلخ .
والتقييد هنا غير صحيح ، فلا فرق في التحريم بالدخول بين الصحيح والفاسد ، فأراد النووي التنبيه على الثاني فانتقل نظره إلى الأول فغلط) اهـ بمعناه .

(٢) في هامش (ز) : (لعله يرىٰ ولو كانت زوجة في الماضي ليشمل ما لو نكح صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة . . فإن المرضعة تحرم على المطلق ؛ لأنها صارت أم من كانت زوجته) .

(٣) في هامش (ز) : (وظاهر كلامهم : أن الربيبة لا تحرم باستدخال أمها ماء الزوج ، لٰكن في « الروضة » و« أصلها » : الجزم بأن استدخال الماء يثبت المصاهرة ، ومقتضاه تحريم الربيبة به ، وقال البلقيني : هٰذا الموضع مما أخالف فيه ، وأجزم بعدم تحريم الربيبة بذلك وأنه لم يوجد ذلك) .

. . . .

مجرور بالحرف والأول بالإضافة ، وإذا اختلف العامل . . لم يجز الإتباع ويتعين القطع[1] ، وذكر الحجر جرياً على الغالب .

وقال مالك : إنما تحرم إذا نشأت في حجره ، وسواء بنت النسب والرضاع .

والفرق من جهة المعنىٰ بين الأم والبنت : أن الرجل يبتلىٰ عادة بمكالمة أم الزوجة عقب النكاح ؛ لأنها التي ترتب أموره ، فحرمها الشارع بنفس العقد حتىٰ يتمكن من الخلوة بها ويسهل عليها ترتيب مصالحها ، بخلاف البنت ؛ فإنها لا تسعىٰ في مصالح الأم فانتفىٰ هـٰذا الغرض .

وفي وجه ضعيف عن الحسن بن محمد الصابوني : أن أمهات الزوجة لا يحرمن إلا بالدخول كالربيبة ، وتستثنى المنفية باللعان ؛ فإنها تحرم عليه وإن لم يدخل بأمها على الصحيح[2] .

قال الفقهاء : الربيبة مشتقة من التربية ، قال في « شرح مسلم » : وهو غلط ؛ فإن شرط الاشتقاق الاتفاق في الحروف الأصلية ، قال : والصواب أنها مشتقة من الرب وهو الإصلاح ؛ لأنه يقوم بأمورها ويصلح أحوالها .

فرع :

لا تحرم على الرجل بنت زوج الأم ولا أمه ، ولا بنت زوج البنت ولا أمه ، ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ، ولا أم زوجة الابن ولا بنتها ، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب وهو زوج الأم .

قال المصنف : ولا ربيبة ولده سواء كان الولد ولد من أمها أم لا ، أما بنت الربيب . . فحرام باتفاق الطرق إذا دخل بالأم .

---

(١) في هامش (ز) : (وقد ينازع فيه بأن المعمول الجر ، وهو واحد .
أقول : الأولىٰ أن يقال : العامل واحد وهو الحرف ولو مقدراً) .

(٢) في هامش (ز) : (أما المنفية باللعان . . فيحرم النظر والخلوة بها ، ولا ينتقض الوضوء للشك) .

وَمَنْ وَطِىءَ ٱمْرَأَةً بِمِلْكٍ . . حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا ، وَحَرُمَتْ عَلَىٰ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَكَذَا ٱلْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي حَقِّهِ ـ قِيلَ : أَوْ حَقِّهَا ـ . . . .

قال : (**ومن وطىء امرأة بملك . . حرم عليه أمهاتها وبناتها ، وحرمت علىٰ آبائه وأبنائه**) بالإجماع ؛ لأن الوطء في ملك اليمين منزل منزلة عقد النكاح ، ولهـٰذا يحرم الجمع بين وطء الأختين في الملك كما يحرم الجمع في النكاح ، ولا يحرم الجمع في الملك فقط .

قال : (**وكذا الموطوءة بشبهة في حقه**) ؛ لأن الوطء تصير به المرأة فراشاً فيثبت النسب وتجب العدة فتتعلق به حرمة المصاهرة كالنكاح .

وحكي قول ضعيف : أن الوطء بالشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة كالزنا .

ولا فرق بين الشبهة بالنكاح الفاسد والشراء الفاسد ووطء الأمة المشتركة وجارية الابن ، كل ذلك يثبت حرمة المصاهرة كما يثبت النسب ويوجب العدة ، وكذا إذا ظنها زوجته أو ظنته زوجها فالشبهة في هـٰذه المسائل كلها شاملة للطرفين الواطىء والموطوءة .

فإن اختصت الشبهة بأحدهما . . فالآخر زان بأن ظنها زوجته وهي عالمة ، أو كان يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة ، أو مكنت العاقلة البالغة مجنوناً أو مراهقاً عالمة . . فوجهان :

أصحهما : أن الاعتبار بالرجل فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه كما يثبت النسب والعدة ، ولا تثبت إذا لم تشتبه عليه كما لا يثبت النسب والعدة ، ولهـٰذا قال المصنف : (بشبهة في حقه) ؛ فإنه يشمل التي في حقه فقط والشاملة لهما ، ويخرج به ما إذا لم تكن في حقه بأن كانت في حقها فقط أو لم تكن شبهة أصلاً .

وشرط الموطوءة أن تكون حية ، فإن كانت ميتة . . لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها كما جزم به الرافعي في (الرضاع) ؛ لأنها كالبهيمة ، وكذا لو كان الواطىء خنثىٰ . . لا تثبت المصاهرة بوطئه ؛ لاحتمال كونه عضواً زائداً كما قاله أبو الفتوح .

قال : (**قيل : أو حقها**) هـٰذا هو الوجه الثاني : أنه تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة ، وعلىٰ هـٰذا وجهان :

أحدهما : يختص بمن اختصت الشبهة به ، فإن كان الاشتباه عليه . . حرمت عليه أمها وبنتها ، ولا تحرم هي علىٰ أبيه وابنه ، وإن كان الاشتباه عليها . . حرمت علىٰ أبيه وابنه ولا تحرم عليه أمها وبنتها .

والثاني : أنه يعم الطرفين كالنسب .

تنبيه :

ما رجحه من أنه لا أثر للشبهة في حقها صحيح بالنسبة إلى التحريم لا المهر ، ولهـٰذا قال في « الوسيط » : لـٰكن يرجع في وجوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط ، وفي « الحاوي الصغير » : وفي المهر بشبهتها[1] ، فتقرر أن شبهة الواطىء وحده تثبت حرمة المصاهرة والنسب والعدة لا المهر ، وشبهة الموطوءة وحدها توجب المهر فقط ولا تثبت المصاهرة ولا العدة ولا النسب ، وشبهتهما معاً تثبت جميع ما تقدم .

قال : (**لا المزني بها**) فلا يثبت الزنا حرمة المصاهرة ؛ لأنها نعمة من الله امتن بها علىٰ عباده ، فلا تثبت بالزنا كما لا يثبت به النسب ، فيجوز للزاني نكاح أم من زنىٰ بها وبنتها ، ولابنه وأبيه نكاحهن .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يثبتها ، وهي من أعظم مسائل الخلاف ، وليس فيها حديث صحيح من جانبنا ولا من جانبهم ، وبحث الشافعي فيها مع من باحثه نحو ورقتين ، وبين أن لا دليل على التحريم .

فروع :

زنت المرأة ولها زوج . . لم يبطل نكاحها .

---

(١) في هامش (ز) : (قول « التنبيه » : « وفي المهر بشبهتها » استثنى البلقيني ما لو وطئها في النكاح بلا ولي . . فإنه يجب لها المهر وإن اعتقدت التحريم ؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عائشة : « فإن أصابها . . فلها المهر بما استحل من فرجها » . وهو حديث صحيح ، غير [أنه] في الاستثناء نظر) .

وقال علي والحسن : تبين من زوجها .

وإذا زنت المرأة ولم تحبل . . حل لكل أحد نكاحها في الحال إذا كانت خلية .

وقال أحمد : لا يباح نكاحها حتىٰ تمضي لها ثلاثة أقراء .

وإذا حملت من الزنا . . يجوز نكاحها خلافاً لأبي حنيفة ومالك ، وسيأتي ذلك في فرع في (عدة الحامل) .

ومن تلوط بغلام . . لم تحرم على الفاعل أمه وابنته خلافاً لأحمد والشعبي كما نقله البخاري في « صحيحه » .

والوطء في النكاح وملك اليمين كما يوجب الحرمة يوجب المحرمية ، فيجوز للواطىء الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها والنظر إليها .

وفي وطء الشبهة وجهان أو قولان : أصحهما عند الإمام : كذلك[1] ، وعند الجمهور : المنع ، وحكوه عن نص « الإملاء » .

قال : (**وليست مباشرة بشهوة كوطء في الأظهر**) فإذا لمس بشهوة أو قبل أو عانق أو فاخذ . . لا يكون كالوطء ، حتىٰ لا تثبت حرمة المصاهرة بها إذا وقعت بشبهة نكاح أو ملك ، ولا تحرم الربيبة بها إذا وقعت في النكاح ؛ لأنها لا توجب العدة فلا تثبت المحرمية ، ولأن الله تعالىٰ قال : ﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾ فشرط الدخول في التحريم .

والثاني : نعم ؛ لأنها استمتاع يوجب الفدية على المحرم فكانت كالوطء ، وصححه الفوراني والبغوي والروياني ، وإليه ذهب مالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء .

وموضع القولين إذا جرىٰ ذلك بشهوة ، فإن كان بغيرها . . فلا أثر له عند الجمهور ، ولهـٰذا قيده المصنف بها ، وهي زيادة علىٰ « المحرر » لا بد منها .

وأما النظر بشهوة . . فلا يثبت المصاهرة على المذهب ، وقيل : قولان ، وقيل :

(١) في هامش (ز) : (مقتضىٰ عبارته التحريم بالوطء في الدبر وهو الأصح) .

وَلَوِ ٱخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةِ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ . . نَكَحَ مِنْهُنَّ ، لاَ بِمَحْصُورَاتٍ . . . .

إن نظر إلى الفرج . . فقولان ، وإلا . . فلا ، ولا أثر للمباشرة الحرام كالزنا ، فلا يتعلق بها شيء قطعاً .

ولو استدخلت ماء زوجها أو ماء أجنبي بشبهة . . ثبتت المصاهرة كالنسب والعدة ، لا الإحصان والتحليل والمهر في الأصح ، واختلف كلام الرافعي في ثبوت الرجعة بذلك .

قال : (**ولو اختلطت محرم بنسوة قرية كبيرة . . نكح منهن**) ؛ تغليباً لجانب الحل ، وإعمالاً للأصل ؛ لأنا لو حرمنا عليه النكاح منها . . لاستد عليه بابه ، ولو سافر إلىٰ بلدة أخرىٰ لم نأمن أن تسافر إليها ، وهـٰذا كما إذا اختلط صيد مملوك بصيود مباحة غير محصورة . . فإنه لا يحرم الاصطياد ، هـٰذا إذا عم الالتباس ، فإن أمكنه نكاح من لا يرتاب فيها . . فالظاهر أنه لا حجر .

ولو اختلطت زوجته بأجنبيات . . لم يجز له وطء واحدة منهن بالاجتهاد ، سواء اشتبهت بعدد محصور أم بغيره ؛ لأن الوطء إنما يستباح بالعقد لا بالتحري[1] ، وقال في « شرح المهذب » في (باب الاجتهاد) : لا خلاف فيه .

وقوله : (نكح منهن) يفهم أنه لا ينكح الجميع ، لـٰكن حكى الروياني عن والده احتمالين[2] :

أحدهما : ينكح إلىٰ أن تبقىٰ واحدة .

والثاني : إلىٰ أن يبقىٰ عدد محصور ، ورجح المصنف في نظيره من الأواني الأول .

قال : (**لا بمحصورات**) فلا ينكح واحدة منهن ؛ احتياطاً للأبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن ، بخلاف الأولىٰ .

---

(١) في هامش (ز) : (لا يقال : يلزم من ذلك عدم حل الوطء في صورة العقد على المشتبهة حيث صح ؛ لأنه وطء مع الشك ، لأنا نقول : لما طرحنا الشك بالنسبة إلى العقد . . طرحناه بالنسبة إلىٰ ثمرته وهو الوطء) .

(٢) في هامش (ز) : (وقال : الأقيس عندي الثاني) .

وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبَّدُ تَحْرِيمٍ عَلَىٰ نِكَاحٍ . . قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةِ ٱبْنِهِ بِشُبْهَةٍ . وَيَحْرُمُ جَمْعُ ٱلْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا . . . .

وفي « النهاية » قول بعيد : إنه يصح مع شدة الكراهة .

وعلى الصحيح : لو نكح . . بطل في الأصح ، وهٰذا التفصيل يأتي أيضاً فيما لو أراد الوطء بملك اليمين(١) .

و(المحصورات) : ما لا يعسر عدهن بمجرد النظر ، وقال الإمام : المحصورات ما سهل على الآحاد عدهن لا على الوالي ؛ فإنه لا يعسر عليه حصر أهل أعظم بلاده .

قال : (**ولو طرأ مؤبد تحريم علىٰ نكاح . . قطعه كوطء زوجة ابنه بشبهة**) فإذا وطىء زوجة أبيه بشبهة أو ابنه . . انفسخ النكاح ، وكذا إذا وطىء أم امرأته أو عمتها . . انفسخ نكاح امرأته ؛ لأن الطارىء هنا كالمقارن ، وكما يمنع انعقاده في الابتداء يدفعه في الدوام .

واحترز بطروئه على النكاح عما إذا طرأ علىٰ ملك كوطء الأب جارية ابنه . . فإنها تحرم على الابن أبداً ، ولا ينقطع على الابن ملكه إذا لم يوجد من الأب إحبال ، ولا شيء عليه بمجرد تحريمها عليه ؛ لأن مجرد الحل في ملك اليمين ليس بمتقوم ، وإنما القصد الأعظم منه المالية وهي باقية .

ويصح أن يقرأ (ابنه) بالنون وبالياء ، وبهما ضبط المصنف بخطه ، وكلاهما في « المحرر » .

قال : (**ويحرم جمع المرأة وأختها**) .

لما أنهى الكلام في التحريم المؤبد . . شرع في ذكر الجنس الثاني وهو ما لا يقتضي حرمة مؤبدة ، وهو أنواع :

---

(١) في هامش (ت) : (قد تقدم فيما لو اختلطت زوجته بأجنبيات . . لم يجز له وطء واحدة منهن بالاجتهاد ، محصوراً كان العدد أو غيره ، فما الفرق بين الزوجة وملك اليمين والوطء حقيقة واحدة فيهما؟ فليتأمل .
نعم ؛ مراده بملك اليمين ما إذا اختلطت محرمه بإماء محصورات أو غير محصورات . . فليس له الاستمتاع بما ملكه في الأولىٰ وله ذلك في الثانية ، والله أعلم) .

الأول : الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع ، فيحرم الجمع بينهما بالإجماع المستند إلىٰ قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۗ ﴾ ، واستدل الرافعي له أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم : « ملعون من جمع ماءه في رحم أختين »[1] وهو غريب ، وسواء كانتا من الأبوين أو من أحدهما ابتداء أو دواماً .

قال : (**أو عمتها أو خالتها**) سواء كان ذلك في الابتداء أو الدوام ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه [خ ٥١٠٩ـ م ١٤٠٨] .

والمعنىٰ فيه : أنه يؤدي إلىٰ قطع الرحم ، وفي بعض طرقه : « فإنكم إذا فعلتم ذلك . . قطعتم أرحامكم »[2] والحكم ثابت ولو رضيت ؛ لأن الطبع يتغير والقلوب بيد مقلبها .

ولا فرق في العمة والخالة بين الحقيقيتين وغيرهما كأخت أب الأب وأب الجد وإن علا ، وأخت أم الأم وأم الجدة من جهة الأب والأم وإن علت ، فيحرم الجمع بين المرأة وخالة أحد أبويها أو عمة أحد أبويها ، ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة وداوود وعثمان البتي ، ولا عبرة بخلافهم .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٠٦٠] عن ابن عباس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن الجمع بين العمة والخالة ، وبين العمتين والخالتين) وقد أشكل هـٰذا علىٰ بعض العلماء حتىٰ حمله على المجاز ، وإنما المراد : النهي عن الجمع بين امرأتين إحداهما عمة الأخرىٰ والأخرىٰ خالة الأخرىٰ ، وعن امرأتين كل منهما عمة الأخرىٰ ، وامرأتين كل منهما خالة الأخرىٰ .

فأما الأولىٰ . . فصورتها : أن يكون رجل وابنه تزوجا امرأة وابنتها ، تزوج الرجل البنت وتزوج الابن الأم ، فولد لكل منهما ابنة من هاتين الزوجتين فابنة الأب عمة ابنة الابن ، وابنة الابن خالة ابنة الأب .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٣/١٦٦) .
(٢) أخرجه الطبراني في « الكبير » (١١/٢٦٧) .

مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ ، فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ . . بَطَلَ ، أَوْ مُرَتِّباً . . فَٱلثَّانِي . وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ . . حَرُمَ فِي وَطْءٍ بِمِلْكٍ ، . . . .

وأما الجمع بين خالتين ـ وهي الثانية ـ فصورتها : رجل تزوج ابنة رجل وتزوج الآخر ابنته ، فولدت لكل منهما ابنة ، فابنة كل واحدة منهما خالة الأخرىٰ .

وأما الجمع بين العمتين ـ وهي الثالثة ـ فصورتها : أن يتزوج رجل أم رجل ويتزوج الآخر أم الآخر ، فيولد لكل منهما ابنة ، فابنة كل واحد منهما عمة الأخرىٰ .

قال : (**من رضاع أو نسب**) ؛ لإطلاق الآية والخبر .

وضابط من يحرم الجمع بينهما : كل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر لو كان ذكراً ؛ لأجل القرابة[1] .

واحترزوا بقولهم : (لأجل القرابة)[2] عن المرأة وأمتها ؛ فإنه يجوز الجمع بينهما وأيهما قدرت ذكراً لم ينكح الأخرىٰ ، لـٰكنه من غير القرابة ، وعن المرأة وأم زوجها وزوجة ابنها ، وعن المرأة وابنة زوجها ؛ فإنه يجوز أن يجمع بينهما وإن كان لا يجوز لأحدهما أن ينكح الأخرىٰ لو كان ذكراً .

قال : (**فإن جمع بعقد . . بطل**) أي : النكاحان بالاتفاق ؛ إذ ليس تخصيص أحدهما بالبطلان أولىٰ من الآخر .

قال : (**أو مرتباً . . فالثاني**) ؛ لأن الجمع حصل به ، هـٰذا إذا علمت السابقة واستمر العلم ، فإن لم يعلم أصلاً . . بطلا ، وإن علم ثم اشتبه . . وجب التوقف كما في نكاح الوليين من اثنين .

قال : (**ومن حرم جمعهما بنكاح . . حرم في وطء بملك**) ؛ لأنه إذا حرم العقد . .

---

(١) في هامش (ز) : (أو الرضاع) .
وفي هامشها أيضاً : (قال الرافعي : وقد يستغنىٰ عن قيد القرابة والرضاع بأن يقال : يحرم الجمع بين كل امرأتين أيتهما قدرت ذكراً . . حرمت عليها الأخرىٰ ، فإن أم الزوج وإن حرمت عليها ـ إذا قدرت ذكراً ـ زوجة الابن . . لا تحرم علىٰ زوجة الابن لو قدرت ذكراً أم الزوج ؛ لأنها حينئذ أجنبية ، وأسقط ذلك من « الروضة » ، ونقضه بعضهم بالمرأة وأمتها ؛ فيجوز جمعهما ، وأيتهما قدرت ذكراً . . لم تنكح الأخرىٰ) .
(٢) في هامش (ز) : (والرضاع) .

لاَ مِلْكُهُمَا ، فَإِنْ وَطِىءَ وَاحِدَةً . . حَرُمَتِ ٱلأُخْرَىٰ حَتَّىٰ يُحَرِّمَ ٱلأُولَىٰ كَبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ . . . .

فالوطء من باب أولىٰ .

وفي « الموطأ » [٢/٥٣٨] عن عثمان رضي الله عنه : أنه سئل عن ذلك فقال : (أحلتهما آية وحرمتهما آية) يعني : قوله تعالىٰ : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ ، [وقوله] : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ ، وكأنه توقف في ذلك ، لـٰكن انعقد عليه الإجماع .

وذكر المصنف (ملك اليمين) ليس بقيد ؛ فإنه لو كانت إحداهما بملك والأخرىٰ بزوجية . . حرم أيضاً .

قال : (**لا ملكهما**) فيجوز بالإجماع ؛ لأنه قد يقصد بالملك غير الوطء ، ولهـٰذا يملك من لا تحل له كالأخت وغيرها .

قال : (**فإن وطىء واحدة . . حرمت الأخرىٰ حتىٰ يحرم الأولىٰ**) ؛ لئلا يحصل الجمع المنهي عنه .

والمراد بـ(تحريم الأولىٰ) : أن يحرمها كما سيأتي ، فلو اقتصر علىٰ قوله : حرمتها . . لم تحرم ، وغلَّط أبو حامد من قال : تحرم بذلك ، فلو خالف ووطىء قبل تحريم الأولىٰ . . أثم ولا حد ، والثانية مستمرة علىٰ تحريمها كما كانت ، والأولىٰ مستمرة علىٰ حلها ، ولا يحرم الحرام الحلال .

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني : أنه إذا أحبل الثانية . . حلت وحرمت الموطوءة ؛ لأن الثانية بذلك ترجح جانبها صيانة للولد ، ولذلك قال الأصحاب : يستحب أن لا يطأ الأولىٰ حتىٰ يستبرىء الثانية ، وكأن ذلك للخروج من خلافه .

واستغرب ابن الرفعة قول أبي منصور المذكور .

قال : (**كبيع**) ؛ لإزالة الملك ، هـٰذا إذا لزم ، فإن كان في زمن الخيار . . ففيه خلاف منشؤه زوال الملك أم لا ، واختار الإمام الاكتفاء به ؛ لأنه لم يبق للبائع مستدرك ، وإن كان الخيار للبائع . . لم يكف ؛ لأن المذهب أنه يحل له الوطء وسواء باعها كلها أو بعضها ؛ لأن المقصود شيء تحصل به حرمة الوطء .

قال : (**أو نكاح أو كتابة**) ؛ لإزالة الحل .

وأشار المصنف بكاف التشبيه إلىٰ أن الأسباب لا تنحصر في الثلاثة التي ذكرها ، بل كذلك الوقف والإعتاق والهبة المقبوضة ؛ لأنها تحرم الوطء .

ولو قلنا ببقاء الملك للواقف أيضاً . . حصل التحريم ، والإقراض أيضاً إزالة ملك ؛ لأنه لو لم يفعل ذلك . . كان جامعاً بين أختين .

قال : (**لا حيض وإحرام**) وكذا عدة عن وطء شبهة ؛ لأنها أسباب عارضة لا تزيل الملك ولا الاستحقاق .

قال : (**وكذا رهن في الأصح**) ؛ لأن الراهن يملك الوطء بإذن المرتهن فدل علىٰ بقاء الحل .

والثاني : يكفي ؛ لأنه يمنع الاستمتاع ، والخلاف في الرهن المقبوض ، أما غير المقبوض . . فلا يكفي جزماً .

فروع :

الأول : إذا حرمها بالأسباب المؤثرة فعاد الحل بأن باعها فردت عليه بعيب أو إقالة ، أو زوجها فطلقت ، أو كاتبها فعجزت . . لم يجز له وطؤها حتىٰ يستبرئها ؛ لحدوث الملك ، فإذا استبرأها فإن لم يكن وطىء الثانية بعد تحريم الأولىٰ . . فله الآن وطء أيتهما شاء ، وإن كان وطئها . . لم يجز وطء العائدة حتىٰ يحرم الأخرىٰ .

الثاني : الوطء في الدبر كالقبل ، فتحرم الأخرىٰ به ، وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة .

الثالث : ملك أختين إحداهما مجوسية ، أو أخته برضاع فوطئها بشبهة . . جاز وطء الأخرىٰ ؛ لأن الأولىٰ محرمة .

ولو ملك أماً وبنتها ووطىء إحداهما . . حرمت الأخرىٰ أبداً ، فلو وطىء الأخرىٰ بعد ذلك جاهلاً بالتحريم . . حرمت الأولىٰ أيضاً أبداً ، وإن كان عالماً . . ففي وجوب الحد قولان : إن قلنا : لا . . حرمت الأولىٰ أيضاً أبداً ، وإلا . . فلا .

وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا أَوْ عَكَسَ . . حَلَّتِ ٱلْمَنْكُوحَةُ دُونَهَا . وَلِلْعَبْدِ ٱمْرَأَتَانِ ، وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ ، . . . .

قال : (ولو ملكها ثم نكح أختها أو عكس . . حلت المنكوحة دونها) ؛ لأن فراش النكاح أقوىٰ من ملك اليمين ، لأنه يملك به حقوقاً لا يملكها بفراش المملوكة كالطلاق والظهار والإيلاء واللعان وسائر الأحكام ، وذلك دليل القوة ، وسواء كانت أختها حرة أو أمة ، وكذلك عمتها وخالتها .

فإن قيل : لو اشترىٰ زوجته . . انفسخ النكاح فهو أقوىٰ؟ فالجواب : أن الملك نفسه أقوىٰ من نفس النكاح ، ولـٰكن استفراش النكاح أقوىٰ من استفراش الملك ، وأيضاً الترجيح هناك في عينين وهنا في عين واحدة فلا تناقض .

قال : (وللعبد امرأتان) ، ومثله المدبر والمكاتب ومعلق العتق بصفة والمبعض ؛ لما روى البيهقي [٧/١٥٨] عن الليث عن الحكم بن عتيبة : أنه قال : أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ أن لا ينكح العبد أكثر من اثنتين .

وعن مالك ينكح أربعاً ؛ لعموم الآية .

وقال أحمد : مبعض النصف ينكح ثلاثاً ، والنقل فيه عندنا عزيز ، والصواب : أنه كالقن ، صرح به أصحاب « الكافي » و« الحاوي » و« الرونق » و« اللباب » .

قال : (وللحر أربع فقط) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان : « أمسك أربعاً » صححه ابن حبان [٤١٥٧] والحاكم [٢/١٩٢] وغيرهما ، ولم يخالف في هـٰذا إلا القاسمية أتباع القاسم بن إبراهيم والشيعة والزيدية فأجازوا له تسعاً ؛ فإن مثنىٰ وثلاث ورباع تسع ، والنبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع[1] ، وقال تعالىٰ : ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ .

وعن بعض الظاهرية ثمانية عشر ، وكلاهما شاذ ؛ فقد أجمع أهل اللغة علىٰ أن من قال : جاء الناس مثنىٰ وثلاث ورباع . . أن معناه : جاؤوا علىٰ أفراد هـٰذه الأعداد ، وقد تتعين الواحدة للحر ، وذلك في كل نكاح توقف على الحاجة كنكاح الحر الأمة ، ونكاح السفيه والمجنون .

---

(١) الشافعي في « المسند » (١/ ٢٦٠) ، والبيهقي (٧/ ٢٩٦) .

فَإِنْ نَكَحَ خَمْساً مَعاً . . بَطَلْنَ ، أَوْ مُرَتَّباً . . فَٱلْخَامِسَةُ . وَتَحِلُّ ٱلْأُخْتُ ، وَٱلْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ لاَ رَجْعِيَّةٍ . . . .

قال : (فإن نكح خمساً معاً . . بطلن) وكذلك العبد إذا نكح ثلاثاً كما لو جمع بين أختين ؛ لأنه ليست واحدة أولىٰ من الأخرىٰ ، هـٰذا هو المشهور ، وفي « الذخائر » : يبطل في واحدة وفي الباقي قولا تفريق الصفقة ، فإن صححنا . . فله التعيين ، قال الشيخ : وأظنه غلطاً .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف ما إذا كان فيهن أختان . . فيبطل نكاحهما ، وفي الثلاث البواقي قولا تفريق الصفقة ، والأظهر الصحة .

ولو نكح سبعاً فيهن أختان . . بطل نكاح الجميع ، وكذا لو نكح أربعاً أختين وأختين .

قال : (أو مرتباً . . فالخامسة) ؛ لزيادتها على العدد الشرعي .

قال : (وتحل الأخت ، والخامسة في عدة بائن) ؛ لأنها أجنبية ، وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجوز له نكاحها ما داما في العدة ؛ لبقاء علقة النكاح .

قال : (لا رجعية) ؛ لأنها في حكم الزوجات .

ملغزة :

امرأة لها زوجان ويحل لها أن تتزوج ، صورتها : امرأة تملك عبداً وأمة زوجتهما فهما زوجان قد ملكتهما وهي تريد أن تتزوج .

وامرأة اجتمع في عصمتها ثلاثة أزواج في ساعة واحدة ودخل بها منهم اثنان ، صورتها : أنها طلقت وهي حامل فوضعت عقب الطلاق ، ثم تزوجت بثان فطلقها قبل الدخول ، فتزوجت بثالث وأصابها .

فائدتان :

الأولىٰ : قال الشيخ عز الدين : كان في شريعة موسىٰ عليه الصلاة والسلام : يجوز للإنسان أن يتزوج من غير حصر ؛ تغليباً لمصلحة الرجال ، وفي شريعة عيسىٰ

عليه الصلاة والسلام لا يتزوج غير واحدة ؛ تغليباً لمصلحة النساء من عدم الشحناء ، فراعت هـٰذه الشريعة مصلحة النوعين بالعدد المخصوص .

الثانية : كان الشيخ عماد الدين ابن يونس يجعل من موانع النكاح اختلاف الجنس ويقول : لا يجوز للآدمي أن يتزوج الجنية ، وبه أفتى البارزي ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ﴾ ، وقال : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ .

وفي « الفتاوى السراجية » للحنفية : لا تجوز المناكحة بين الإنس والجن وإنسان الماء لاختلاف الجنس .

وفي « الغنية »[1] : سئل الحسن البصري عن التزويج بجنية فقال : يجوز بحضرة شاهدين .

وفي مسائل جرت عن الحسن وقتادة كراهتها ، ثم روي عن ابن لهيعة عن يونس عن الزهري : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن نكاح الجن) .

وعن زيد العمي أنه كان يقول : اللهم ؛ ارزقني جنية أتزوج بها تصاحبني حيثما كنت .

وفي المنع من تزويجها نظر ؛ لأن التكليف يعمنا[2] .

قال القمولي : رأيت شيخاً كبيراً وكان صالحاً يقول : إنه تزوج جنية . اهـ

ورأيت أنا آخر من أهل الخير والدين أخبرني أنه تزوج منهم عشراً ، واحدة بعد أخرىٰ .

قال : (**وإذا طلق الحر ثلاثاً أو العبد طلقتين . . لم تحل له حتىٰ تنكح**) زوجاً غيره .

أما الحر . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ ، والمراد بالنكاح هنا :

---

(١) في (د) : (القنية) .
(٢) في هامش (ز) : (لعله : يعمها) .

. . . .

الوطء ؛ لما روى الشيخان [خ ٥٢٦٠ـ م ١٤٣٣] وغيرهما : أن تميمة بنت وهب جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إن رفاعة القرظي طلقني فبت طلاقي ، فتزوجت بعده عبد الرحمـٰن بن الزَّبير ، وإن ما معه مثل هدبة الثوب ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أتريدين أن ترجعي إلىٰ رفاعة؟ لا ، حتىٰ تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » سمى الوطء عسيلة ؛ تشبيهاً له بالعسل بجامع اللذة .

وقيس العبد على الحر ؛ لأنه استوفى العدد الذي يملكه من الطلاق ، ولو عرضت الحرية بعد ذلك . . لم تؤثر .

وروىٰ مالك [٢/ ٥٧٤] أن نفيعاً طلق امرأته طلقتين ، فجاء إلىٰ عثمان وعنده زيد بن ثابت فسأله فقالا : حرمت عليك حتىٰ تنكح زوجاً غيرك ، ونفيع كان مكاتباً لأم سلمة .

قال العلماء : والمعنىٰ في مشروعية التحليل : التنفير من الطلقات الثلاث .

وشملت عبارته : ما لو طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم اشتراها . . فلا تحل له بملك اليمين على الصحيح ؛ لظاهر الآية ، حتىٰ يطأها زوج غيره ، فلو وطئها السيد بعد انقضاء عدة المطلق ثم اشتراها أو أرادت الرجوع إلىٰ مطلقها . . لا تحل له ؛ لأنها لم تنكح زوجاً غيره .

ولو حكم حاكم بصحة نكاح المطلق ثلاثاً من غير تحليل . . نقض على الصحيح ، قاله الروياني وغيره .

فرع :

لا فرق بين أن يكون الطلاق الثلاث مجموعاً أو مفرقاً ، فأما وقوع المفرقة . . فمجمع عليه ، وكذلك المجموعة عند الجمهور ، وخالف في ذلك من المتقدمين الحجاج بن أرطاة وطائفة من الشيعة ، ومن المتأخرين من لا يعبأ به[1] فقالوا : لا يقع

---

(١) في هامش (م) : (ابن تيمية) .

منها إلا واحدة ؛ لما روىٰ مسلم [١٤٧٢/١٥] عن ابن عباس قال : (كان الطلاق علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيته عليهم ، فأمضاه عليهم) .

فأخذ بظاهره طاووس وبعض أهل الظاهر وقالوا : إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً . . لا تقع إلا واحدة .

وأجاب الجمهور عنه بأجوبة أصحها : أن معناه أنه كان في أول الأمر إذا قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، ولم ينو تأكيداً ولا استئنافاً . . يحكم بوقوع واحدة ؛ لعدم إرادة الاستئناف بذلك ، فحمل على الغالب وهو إرادة التأكيد ، فلما كان زمن عمر وكثر استعمال الناس هـٰذه الصيغة ، وغلبت إرادة الاستئناف بها . . حمل عند الإطلاق على الثلاث ؛ عملاً بالغالب السابق إلى الفهم في ذلك العصر .

ولا فرق في وقوع الثلاث بين أن يكون ذلك تنجيزاً أو تعليقاً وقد وجدت صفته ، حلفاً كان أو غير حلف .

قال الشيخ : وابتدع بعض الناس في زماننا فقال : إن كان التعليق علىٰ وجه اليمين لا يقع به الطلاق وتجب به كفارة اليمين ، وهـٰذه بدعة في الإسلام لم يقلها أحد منذ بعث النبي صلى الله عليه وسلم إلىٰ زماننا هـٰذا .

ثم إن التحريم المضاف إلى الثلاث إذا وجدت متفرقة هل تضاف إلى الجميع أو إلى الأخيرة فقط؟ فيه خلاف حكاه المتولي ، والذي أورده ابن داوود : الثاني .

قال في « المطلب » في (كتاب الطلاق) : وفائدته تظهر فيما إذا شهد عليه بالطلقة الثالثة فقط ثم رجع هل يجب عليه ثلث الغرم أو كله؟ وفيه في « الحاوي » وجهان ، وستأتي الإشارة إلىٰ هـٰذا في (كتاب الرضاع) .

قال : (**وتغيب بقبلها حشفته**) يعني : أنه لا يكفي نكاحها زوجاً غيره حتىٰ يدخل بها ؛ لما تقدم في الحديث ، ولم يخالف في ذلك إلا سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير فإنهما قالا : تحل بالعقد إذا لم يكن قصد به التحليل ، وعكس الحسن البصري

فقال : لا بد من الإنزال فيها ؛ لأن العسيلة لا تحصل إلا بذلك .

والجمهور قالوا : هي اللذة الحاصلة بالجماع ، والمعتبر في ذلك تغييب الحشفة ؛ فإن به تناط الأحكام لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى الختانان . . فقد وجب الغسل »[1] ويلتحق بالغسل سائر أحكام الوطء .

وقال البغوي : إن كانت بكراً . . فلا بد من إزالة البكارة ، ونقله المحاملي عن النص ، وأقره الشيخان عليه[2] .

قال في « المطلب » : الذي فهمته من كلام الشافعي والأصحاب : أنه لا فرق بين البكر والثيب .

وقوله : (بقبلها) ليست في « المحرر » وهي زيادة لا بد منها ؛ فإن وطء الدبر لا يحلل .

قال : (**أو قدرها**) فيقوم ذلك من المقطوع مقام الحشفة كما يقوم مقدار (الفاتحة) من القرآن مقامها عند العجز .

قال الإمام : وعلىٰ هـٰذا . . فالمعتبر الحشفة التي كانت لهـٰذا العضو المخصوص ، فإن كان الباقي أقل من قدر الحشفة . . لم يحل ، وإن بقي أكثر من قدرها . . كفىٰ تغييب قدرها من هـٰذا الشخص على الصحيح ، وقيل : يشترط تغييب جميع الباقي .

واستدخال ذكر النائم يحلل ، واستدخال الماء لا يحلل ، ولو لف علىٰ ذكره خرقة وأولج حلل على الصحيح .

فإن قيل : مع النكاح والوطء لا يحصل الحل للأول حتىٰ يطلق الثاني وتنقضي عدتها منه فكيف لم ينص علىٰ ذلك لا في الآية الكريمة ولا في الحديث ولا في كلام المصنف وغيره من الفقهاء؟ فالجواب : أن بالنكاح والوطء يرتفع التحريم من الطلاق الثلاث ، ويخلفه التحريم إلى الطلاق لكونها زوجة الغير ، ومن الطلاق إلى انقضاء

---

(١) أخرجه مسلم (٣٤٩) ، وابن خزيمة (٢٢٧) ، وابن حبان (١١٧٦) ، والترمذي (١٠٨) ، وأبو داوود (٢١٨) .

(٢) في هامش (د) : (أي : على البغوي ؛ لأن الشيخين لم ينقلا هنا شيئاً عن المحاملي) .

بِشَرْطِ : ٱلِانْتِشَارِ ، وَصِحَّةِ ٱلنِّكَاحِ ، وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ ، لاَ طِفْلاً . . . .

العدة كسائر المعتدات عن غيره ، فهما تحريمان غير تحريم الطلاق الثلاث لا يحتاج إلى النص عليهما .

قال : (**بشرط : الانتشار**) ؛ لأن ذوق العسيلة لا يكون إلا بذلك ، وعن الشيخ أبي محمد وغيره : أنه لا يشترط ، والمراد : سلامة العضو من العنة والشلل ، وأن تكون له قوة الانتشار ، وأما الانتشار بالفعل . . فلم يشترطه أحد[1] .

ولا فرق بين أن يكون قوي الانتشار أو ضعيفه فاستعان بإصبعه أو بإصبعها[2] .

قال : (**وصحة النكاح**) وفي الوطء في النكاح الفاسد قولان :

أحدهما ـ وهو الصحيح ـ : أنه لا يفيد ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأن إطلاق اسم النكاح ينصرف إلى الصحيح ، والناكح نكاحاً فاسداً لا يسمىٰ زوجاً فلا يحصل به الحل .

والثاني ـ ويحكىٰ عن القديم ـ : أنه يحل كما يوجب المهر والعدة .

وعلم من هـٰذا الشرط : أن وطء الشبهة من غير عقد لا يحصل به الإحلال ؛ لأنه لم يصدر عن عقد النكاح ، وأنها لا تحل بوطء السيد ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**وكونه ممن يمكن جماعه ، لا طفلاً**) ؛ لأنه لا يتأتىٰ منه ذوق العسيلة .

وفي وجه يحكىٰ عن القفال : أنه يكتفىٰ بوطء الطفل ، قال المصنف : وهو كالغلط المنابذ لقواعد الباب ، قال الرافعي : وهما كالوجهين في اشتراط الانتشار ، بل هما هما .

واحترز بـ(الطفل) عن المراهق الذي يتأتىٰ منه الجماع ، فهو كالبالغ خلافاً لمالك ، وفي « التتمة » : أن للشافعي رضي الله عنه قولاً مثله ، وهو بعيد جداً .

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « والمراد . . . إلخ » هو كلام السبكي .
قال الأذرعي : وليس كما قال ، بل نص في « الأم » وغيره علىٰ أنه يعتبر الانتشار بالفعل حالة الوطء ، وساق ذلك في « الوسيط ») .

(٢) في هامش (ز) : (قال في « الروضة » [٧/ ١٢٤] : فإن لم يكن انتشار أصلاً لتعنين أو شلل أو غيرهما . . لم تحلل على الصحيح ، وبه قطع الجمهور) .

ولا فرق في البالغ بين أن يكون عاقلاً أو مجنوناً ، حراً أو عبداً ، فحلاً أو مسلول الأنثيين ، مسلماً أو ذمياً إذا كانت المطلقة ذمية .

قال في « الروضة » : ولا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم كما يحصنانها ، صرح به إبراهيم المروروذي ، ونازعه الشيخ في ذلك بأن الكتابي لا يحل له أن يتزوج وثنية ، ومقتضاه : أن الوثني لا يتزوج كتابية فلا يحلها ولا يحصنها ، قال : ولعل الذي قاله المروروذي على الوجه الضعيف[1] .

قال : (**على المذهب فيهن**) هو راجع إلىٰ قوله : (بشرط الانتشار وصحة النكاح ونكاح الطفل) وقد تقدمت الإشارة إلى الخلاف في ذلك .

فرعان :

أحدهما : وطء الزوج الثاني في إحرامه أو إحرامها أو حيضها أو في نهار رمضان أو علىٰ ظن أنه يطأ أجنبية . . يفيد الحل ، وأما وطؤه لها بعد ارتدادها أو ارتداده . . فالصواب المنصوص الذي عليه الجمهور : أنه لا يفيد الحل ؛ لاختلال النكاح وإن فرض الرجوع إلى الإسلام .

الثاني : قال جماعة من الأصحاب منهم الماوردي والغزالي : من لطائف الحيل الرافعة للغيرة والعار المحصلة للمقصود : أن يشتري عبداً صغيراً ويزوجها منه ، ثم

(١) في هامش (د) و(ز) : (عبارة الشيخ : قلت : سيأتي وجه أن الكتابي لا يحل له أن يتزوج وثنية . ومقتضاه : أن الوثني لا يتزوج كتابية فلا يحلها ولا يحصنها ، فما قاله المصنف وإبراهيم المروروذي لعله على الوجه الآخر ، وسيذكره في « باب نكاح المشركات » وتبين أن الذي قاله هو الصحيح . اهـ
فعلى الشارح اعتراضان :
أحدهما : جزمه أولاً بأن الكتابي لا ينكح وثنية ، والشيخ قال : سيأتي وجه .
والثاني : قوله : « ولعل الذي قاله المروروذي على الوجه الضعيف » ، والشيخ قال : إنه الصحيح) .

وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِىءَ طَلَّقَ أَوْ بَانَتْ أَوْ فَلاَ نِكَاحَ . . بَطَلَ ، وَفِي ٱلتَّطْلِيقِ قَوْلٌ . . . .

تستدخل حشفة الصغير ولو مع حائل من ثوب أو غيره ، ثم يملكها العبد ببيع أو هبة فينفسخ النكاح ويحصل التحليل .

وهـٰذا مبني علىٰ أصول مختلف فيها منها : حصول التحليل بوطء الصغير ، ومنها : جواز إجبار العبد على التزويج ، فإن لم نجوزه . . امتنع ذلك .

قال : (**ولو نكح بشرط إذا وطىء طلق أو بانت أو فلا نكاح . . بطل**) ؛ لأنه ضرب من نكاح المتعة ، قال الشافعي في « الأم » : ونكاح المحلل الذي يروىٰ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعنه ـ والله سبحانه وتعالىٰ أعلم ـ ضرب من نكاح المتعة .

وفي « سنن النسائي » [٦/١٤٩] و« الترمذي » [١١١٩] من حديث ابن مسعود ـ وقال حسن صحيح ـ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله المحلل والمحلل له » وسماه محللاً وإن لم يحله ؛ لأنه يعتقده ويطلب الحل منه ، وأما طلب الحل من طريقه . . فلا يستحق اللعنة .

قيل : ولم يذكر المرأة في اللعنة ؛ لأن الغالب جهلها بذلك ، قال في « المطلب » : فإن علمت بذلك وفعلت . . لُعنت ، وقال داوود : لا أبعد أن يكون المحلل مأجوراً إذا نوىٰ بذلك حلها للأول ؛ لأنه قصد إرفاق أخيه وإدخال السرور عليه ، وهو قول ربيعة ويحيىٰ بن سعيد .

قال : (**وفي التطليق قول**) : إنه يصح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ؛ لأنه شرط فاسد قارن العقد فلم يبطل به كما لو نكحها بشرط أن لا يتزوج عليها ، وإن لم يجر شرط ولـٰكن كان في عزمه أن يطلقها إذا وطئها . . كره وصح العقد خلافاً لمالك وأحمد .

ولو نكحها علىٰ أن لا يطأها إلا مرة أو علىٰ أن لا يطأها نهاراً . . فللشافعي في بطلان النكاح وصحته نصان ، وقيل قولان ، والمذهب : أنها علىٰ حالين ، فالبطلان إذا شرطته الزوجة ، والصحة إذا شرطه الزوج ؛ لأنه حقه فله تركه ، والتمكين حق عليها فليس لها تركه .

. . . .

وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس العقد ، فلو تواطآ علىٰ شيء من ذلك قبل العقد وعقدا علىٰ هـٰذا القصد بلا شرط . . فليس كالمشروط على الصحيح ، وعن مالك وأحمد : أنه كالمشروط في العقد ؛ لما يروىٰ عن عمر رضي الله عنه أنه قال : (لا أوتىٰ بمحلل إلا رجمته)[1] وهـٰذا لم يصح عن عمر ، ولا خلاف أنه لا يرجم ، وما يروىٰ عن عثمان وغيره : (لا نكاح إلا نكاح رغبة)[2] لم يصح ، ورفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم موضوع .

وقد كان عروة بن الزبير لا يرىٰ بأساً بالتحليل إذا لم يعلم به الزوج ، وهو قول القاسم وسالم وعطاء والشعبي ، واستدل الشافعي لصحة نكاحه بقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل »[3] .

وروىٰ هو [أم ٥/ ٨٠] والبيهقي [٧/ ٢٠٩] عن ابن سيرين : أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً ، وكان مسكين أعرابي يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة فقالت : هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة وتصبح فتفارقها؟ فقال : نعم ، فكان ذلك ، فقالت له امرأته : إنك إذا أصبحت . . فإنهم سيقولون لك : فارقها ، فلا تفعل ذلك فإني مقيمة لك ما ترىٰ فاذهب إلىٰ عمر .

فلما أصبح أتوه وأتوها فقالت : كلموه فأنتم جئتم به ، فكلموه فأبىٰ أن يطلقها ، فمضىٰ إلىٰ عمر رضي الله عنه فقال : (الزم امرأتك ، فإن رابوك بريب . . فائتني) وأرسل إلى المرأة التي مشت بذلك فنكل بها ، ثم كان يغدو علىٰ عمر رضي الله عنه ويروح في حلة فيقول : (الحمد لله الذي كساك يا ذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح) .

وأما حديث : « ألا أخبركم بالتيس المستعار »؟ قالوا : بلىٰ يا رسول الله ؛ قال : « هو المحلل » فرواه الدارقطني [٣/ ٢٥١] من طريق مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٢٠٨) ، وعبد الرزاق (١٠٧٧٧) .
(٢) ذكره البيهقي (٧/ ٢٠٨) .
(٣) أخرجه البخاري (٦٦٦٤) ، ومسلم (١٢٧) .

. . . .

عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال ابن حبان : كان يروي عن عقبة مناكير لا يتابع عليها ، والصواب : ترك ما انفرد به ، ورواه ابن عدي في « كامله » في ترجمة أبي صالح كاتب الليث بن سعد ، واسمه عبد الله بن صالح ، وقال الشيخ : إسناده حسن .

ولما كانت إعارة التيس للضراب تدل على الدناءة والرذالة . . عيرت بها العرب ، قال الشاعر [من الوافر] :

وشـــر منيحـــة تيـــس معـــار

فلذلك شبهه النبي صلى الله عليه وسلم بذلك .

تتمة :

إذا قالت المطلقة ثلاثاً : نكحني زوج آخر ووطئني وفارقني وانقضت عدتي منه . . قبل قولها عند الاحتمال وإن أنكر الزوج الثاني وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر ، وذلك لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة ، والوطء يعسر إقامة البينة عليه ، ثم إن ظن صدقها . . فله نكاحها بلا كراهة ، وإن لم يظنه . . استحب أن لا يتزوجها ، وإن قال : هي كاذبة . . لم يكن له نكاحها ، فإن قال بعده : تبينت صدقها . . فله نكاحها .

قال الإمام : واتفق الأصحاب علىٰ أنها تحل له وإن غلب علىٰ ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً ، فإن كذبها الزوج[1] والولي والشهود . . لم تحل على الأصح[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : الثاني) .

(٢) في (ت) : (على الصحيح) .

وفي هامش (ز) : (كما قاله في « الروضة » [١٢٨/٧] من زياداته عن إبراهيم المروروذي .

وقال البلقيني : الأصح عندنا : الحل ، وشاهده نص الشافعي وتفريعهم في الجديد علىٰ إقرارها ، قال : وجزم به أبو الفرج الزاز .

قال في « المطلب » : لا فرق بين أن يصدقها الولي والشهود أو يكذبوها .

نعم ؛ إذا كذبها الولي . . فيظهر أنه لا يحل له الإقدام علىٰ تزويجها من الأول ، ويزوجها الحاكم . اهـ =

فَصْلٌ :

لاَ يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا ، فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا . . بَطَلَ نِكَاحُهُ . وَلاَ تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ . وَلاَ ٱلْحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلاَّ بِشُرُوطٍ : . . . .

قال : (**فصل** :

لا ينكح من يملكها أو بعضها) هـٰذا هو السبب الثالث من الموانع ، وهو رق المرأة ، وهو ضربان : رقيقة يملكها ورقيقة لا يملكها .

الضرب الأول : مملوكته ، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها ؛ لتناقض الأحكام ، إذ الملك لا يوجب القسم ، ولا تصح فيه أحكام النكاح من طلاق وظهار وإيلاء وغيرها ، والنكاح يقتضي ذلك ، وإذا تناقضت الأحكام . . لم يمكن الجمع .

قال : (**فلو ملك زوجته أو بعضها . . بطل نكاحه**) ؛ لأن ملك اليمين أقوىٰ من ملك النكاح ، لأنه يملك به الرقبة والمنفعة ، والنكاح لا يملك به إلا ضرباً من المنفعة ، فسقط الأضعف بالأقوىٰ ، وهـٰذا بخلاف ما لو استأجر شيئاً ثم اشتراه . . فإن الإجارة لا تنفسخ في الأصح ؛ لأنه لا مناقضة بين ملك العين والمنفعة .

قال : (**ولا تنكح من تملكه أو بعضه**) ؛ لتضاد أحكام النكاح والملك ، لأنها تطالبه بالسفر معها إلى الشرق ؛ لأنه عبدها ، وهو يطالبها بالسفر معه إلى الغرب ؛ لأنها زوجته .

قال : (**ولا الحر أمة غيره إلا بشروط**) هـٰذا هو الضرب الثاني ، فلا يتزوج الحر أمة غيره إلا بشروط ثلاثة فيه :

فقد حرة تحته ، وفقد طولها ، وخوف العنت .

وواحد في الأمة : أن تكون مسلمة .

= وهو الموافق لما قاله البلقيني من الجواز مع تكذيب الكل .

قال في « المطلب » : ولا خلاف في أنها إذا ادعت نكاح زوج معين وأنه طلقها فكذبها في الطلاق فقط . . أن القول قوله ، فلا تحل للأول في الظاهر .

نعم ؛ لو علم طلاقها . . حلت له في الباطن) .

أَنْ لاَ تَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلاسْتِمْتَاعِ ، قِيلَ : وَلاَ غَيْرُ صَالِحَةٍ . . . .

والأصل في ذلك : قوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ إلىٰ قوله تعالىٰ : ﴿ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ ، فقوله تعالىٰ : (منكم) خطاب للأحرار ، أما العبد . . فله نكاح الأمة كذلك ، ولكونه غير واجد للطول ، ولكون إرقاق ولده ليس عيباً له ، فلذلك قال المصنف : (ولا الحر) ؛ ليخرج العبد .

قال : (**أن لا تكون تحته حرة تصلح للاستمتاع**) ؛ لأنه إذا كان كذلك . . لم يخش العنت ، وروى البيهقي [٧/ ١٧٥] عن الحسن مرسلاً : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ أن تنكح الأمة على الحرة) ورواه أيضاً عن علي وجابر موقوفاً [٧/ ١٧٥] .

وإطلاق المصنف (الحرة) يشمل المسلمة والكتابية ، وهو كذلك على الأصح ، فإذا كانت تحته حرة . . منعت جواز نكاح الأمة ؛ لأنه مستغن بها عن إرقاق ولده وهو غير خائف ، وروى ابن ماجه [١٨٦٢] عن أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من أراد أن يلقى الله طاهراً مطهراً . . فليتزوج الحرائر » .

وقيل : إن الحرة الكتابية لا تمنع نكاح الأمة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ .

والجواب : أن ذكر المؤمنات في الآية جري على الأعم ؛ فإن الغالب أن المسلم إنما يرغب في المؤمنات ، وأيضاً فالغالب أن من لا يقدر علىٰ طول المؤمنة . . لا يقدر علىٰ طول الكتابية .

ومن هـٰذا يعلم : أن المنع فيما إذا كانت تحته أقوىٰ من المنع فيما إذا قدر عليها ، فكلام المصنف علىٰ عمومه ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاق المصنف أمة مكاتبه ؛ فإنها ممتنعة عليه قطعاً ، وقد ذكره المصنف في (باب الخيار والإعفاف) وعبارته : (وليس له نكاح أمة مكاتبه ، فإن ملك مكاتب زوجة سيده . . انفسخ النكاح في الأصح) .

قال : (**قيل : ولا غير صالحة**) كما إذا كانت صغيرة أو هرمة ، أو مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء ، أو مفضاة لا تحتمل الجماع ، أو بها عيب من العيوب

وَأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ ، قِيلَ : أَوْ لاَ تَصْلُحُ . فَلَوْ قَدَرَ عَلَىٰ غَائِبَةٍ . . حَلَّتْ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا ، أَوْ خَافَ زِناً مُدَّتَهُ ، . . . .

المثبتة للخيار ، أو غائبة عنه . . فيمتنع نكاح الأمة علىٰ هـٰذا حتىٰ تبين الحرة بأن يطلقها طلاقاً بائناً أو رجعياً وتنقضي عدتها ؛ لعموم الحديث المرسل المعتضد بأقوال الصحابة وغيرهم .

وذكر الرافعي في « المحرر » أن هـٰذا الوجه هو الأحوط[1] .

والوجه الثاني : أنه يحل له نكاح الأمة ؛ لأنه لا يستغني بالحرة التي تحته ، فوجودها كالعدم ، وهـٰذا هو الأصح عند القاضي أبي الطيب وتلميذيه صاحبي « المهذب » و« الشامل » ، وليس في « الشرحين » ولا في « الروضة » ترجيح .

قال : (**وأن يعجز عن حرة تصلح**) أي : للاستمتاع بها ؛ لأنه يصير بذلك غير خائف .

والعجز إما لفقدها ، أو لفقد صداقها ، أو لم يرض به لقصور نسب ونحوه ؛ لأن الطول في الآية فسره ابن عباس بالسعة والفضل ، والمحصنات فيها هن الحرائر ، والجمع فيهن في مقابلة الجمع في قوله : ﴿ مِنكُمْ ﴾ .

ولم يعتبر أبو حنيفة هـٰذا الشرط ؛ لأنه لا يقول بالمفهوم .

قال : (**قيل : أو لا تصلح**) كما إذا كانت صغيرة أو رتقاء أو مجذومة[2] .

قال : (**فلو قدر علىٰ غائبة . . حلت أمة إن لحقه مشقة ظاهرة في قصدها ، أو خاف زناً مدته**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ، والمشقة الظاهرة : أن

---

(١) في هامش (ز) : (وخالفه المصنف من غير تنبيه علىٰ أنه من « زياداته » ، وكأنه فهم من جعل « المحرر » مقابله أحوط أنه أصح ، وفيه نظر ؛ فالظاهر أن « المحرر » أشار بقوله : « أحوط » إلىٰ ترجيحه ، وكيف يقتصر في كتاب التزم فيه التنصيص علىٰ ما صححه المعظم علىٰ ضعيف من غير ذكر مقابله ، وليس في « الروضة » و« الشرحين » تصريح بتصحيح ، وإنما نقلا ترجيح التقييد بصلاحية الاستمتاع عن صاحب « المهذب » والقاضي ، والقطعَ به عن ابن الصباغ وجماعة من العراقيين ، ومقابله عن قطع الإمام والغزالي) .

(٢) في (د) و(م) : (مجنونة) .

وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ . . فَٱلأَصَحُّ : حِلُّ أَمَةٍ فِي ٱلأُولَىٰ دُونَ ٱلثَّانِيَةِ . . . .

ينسب متحملها في طلب زوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد ، وكذلك الحكم لو كانت الحرة التي قدر علىٰ نكاحها معتدة عن الغير .

قال : (**ولو وجد حرة بمؤجل أو بدون مهر المثل . . فالأصح : حل أمة في الأولىٰ**) ؛ لأن ذمته تصير مشغولة في الحال .

والثاني : لا ؛ للقدرة علىٰ نكاح حرة .

وقيد في « الشرح » و« الروضة » الخلاف بمن يتوقع القدرة على الوفاء ، ومقتضاه : أنه إن لم يتوقعه . . حلت له بلا خلاف ، وإطلاق المصنف يقتضي الخلاف في الحالين .

قال : (**دون الثانية**) ؛ لقدرته على الحرة كما لا يتيمم إذا وجد الماء بثمن بخس .

والثاني : يجوز ؛ لما فيه من المنة وهو بعيد ، لأن المهر مما يتسامح به .

وفهم من كلامه : أنها لو رضيت بلا مهر . . لا تحل له الأمة ؛ لأنها إذا رضيت بالدون منعت الأمة ففي العدم أولىٰ[1] .

فروع :

لو وجد حرة لا ترضىٰ إلا بأكثر من مهر مثلها . . فالأصح : أنه ينكح الأمة كما لو وجد المكفر الرقبة بثمن غال ، وكما لو وجد الماء بأكثر من ثمن مثله . . تيمم .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (عبارة الرافعي : ولو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر . . لم يمتنع به نكاح الأمة ؛ لأنها تطالبه بالفرض .

وفي « شرح الشيخ أبي علي » وجه آخر : أنه يمتنع . اهـ

وعبارة « الروضة » [٧/ ١٣٠] : ولو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر . . حلت الأمة على الأصح . اهـ فكأن المصنف أراد أن ينبه علىٰ ذلك فتركه نسياناً ، ولا نسلم أن مفهوم كلام « المنهاج » : امتناع نكاح الأمة في هـٰذه من باب أولىٰ ؛ لأن الواجب في مسألة « المنهاج » ما سماه وهو قادر عليه ، وفي مسألة : (لا مهر) الواجب ما يتراضيان عليه ، فإن لم يتراضيا علىٰ شيء . . فالقاضي يفرض مهر المثل حالاً ، ولا قدرة له عليه) .

والثاني : لا يحل له نكاح الأمة ؛ لأنه لا يعد بذلك فاقداً ، وتوسط الإمام والغزالي فقالا : إن كانت الزيادة يعد بذلها إسرافاً . . جاز ، وإلا . . فلا .

ولو كان له مال غائب ، فإن خاف العنت في الحال أو لحقه مشقة ظاهرة في الخروج إليه . . فله نكاح الأمة ، وإلا . . فلا ، كذا قاله الغزالي ، وأطلق الرافعي القول بأن له ذلك كما له أخذ الزكاة .

ولو كان قادراً بوجوب الإعفاف علىٰ ولده . . فالصحيح في « الروضة » هنا وفي (باب الخيار) في « الشرح » : لا يتزوج الأمة ، وإن كان لا يستطيع إلا ببيع مسكنه وخادمه . . فالأصح : جواز نكاح الأمة .

ولو أقرض مهرها . . لم يجب القبول على المذهب ؛ لاحتمال المطالبة في الحال ، وكذا لو وهب له مال أو أمة . . لم يلزمه القبول ، وحلت له الأمة .

قال : (**وأن يخاف زناً**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ والعنت : المشقة الشديدة ، والمراد به هنا : الزنا ؛ لأنه سبب المشقة والهلاك بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة ، وليس المراد بالخوف منه أن يغلب على الظن وقوعه ، بل أن يتوقع لا علىٰ سبيل الندور .

قال الإمام : إنما يتحقق خوف العنت بغلبة الشهوة وضعف عصام التقوىٰ ، فإن غلبت الشهوة ورقت التقوىٰ . . فخائف ، وإن ضعفت وله دين أو حياء يمنعه . . فلا ، وإن غلبت شهوته وقوي تقواه . . ففيه احتمالان للإمام : أصحهما : لا يجوز نكاح الأمة ، وبه قطع الغزالي[1] ؛ لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا ، وإن كان ترك الوقاع يجر ضرراً أو مرضاً . . فله نكاح الأمة .

ونكر المصنف (الزنا) ؛ إعلاماً بأن المرعي فيه عموم العنت لا خصوصه ، فلو خاف الزنا بأمة لقوة ميله إليها وحبه لها . . فليس له أن يتزوج بها إذا كان واجداً للطول ، خلافاً لما ذهب إليه بعض علماء المدينة ؛ لأن العشق لا معنىٰ لاعتباره هنا

(١) في هامش (ز) : (في « وجيزه » والثاني : إن ضره الصبر أو أمرضه . . حلت الأمة ، وجزم به في « الوسيط » مذهباً ، قال : وإلا . . فالصبر أحسن ، ولا يبعد أن يترخص) .

لأنه داء يهيج من البطالة وإدامة الفكر ، وكم من إنسان ابتلي به وسلاه ، وهـٰذا الشرط يقتضي : أن المجبوب لا تحل له الأمة مطلقاً ؛ إذ لا يمكنه الزنا ، وبه صرح الإمام وغيره ، وخالف الروياني فجوزها له ، وللخصي عند خوف الوقوع في الإثم ؛ لأن العنت هو المشقة .

وأما الممسوح . . فصرح الشيخ عز الدين بأنه ينكح الأمة[1] ؛ بناء علىٰ أن الولد لا يلحقه[2] ، والعنين ليس له نكاحها جزماً[3] .

قال : (**فلو أمكنه تسر . . فلا خوف في الأصح**) ؛ لأمنه العنت .

وصورة المسألة : أن يكون معه من المال ما لا يمكن أن يتزوج به حرة ويمكن أن يتسرىٰ به .

والثاني : يحل له نكاحها ؛ لأنه لا يستطيع طول حرة .

والثالث : يفرق بين أن تكون الأمة ملكه أم لا ، وعبارة « المحرر » : (فإن أمكنه تسر . . لم ينكح الأمة) وهي أحسن ؛ فإنه لا يحسن جعل الوجهين في الخوف ، فإن التسري المقدور عليه يمنع منه قطعاً .

قال : (**وإسلامها**) فلا تحل للحر المسلم الأمة الكتابية ، خلافاً لأبي حنيفة .

احتج الأصحاب بأن الله تعالىٰ شرط في نكاح الأمة الإسلام حيث قال : ﴿ **فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ** ﴾ ، ولأنه اجتمع فيها نقصان لكل منهما تأثير في المنع من النكاح ، فامتنع على المسلم نكاحها كالحرة المجوسية والوثنية ، وبهـٰذا قال ابن عمر[4] وابن مسعود والحسن ومجاهد والزهري ومالك والليث والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق .

وهل يجوز أن تنكح أمة مسلمة لكافر؟ فيه وجهان :

---

(١) في هامش (ز) : (وهو مشكل علىٰ ما قبله) .
(٢) في هامش (ز) : (وهو الأصح) .
(٣) في هامش (د) : (المسألة منقولة عن « فتاوى القاضي حسين ») .
(٤) في (ت) : (عمر) .

أصحهما : الجواز ؛ لحصول صفة الإسلام للمنكوحة .

والثاني : المنع ؛ لما فيه من إرقاق الولد المسلم للكافر ، واستغنى المصنف عن هـٰذا الوجه بإطلاقه ، ويأتي وجه ثالث : إن كان الناكح عربياً . . جاز ؛ بناء علىٰ قول : إن العربي لا يرق فيؤمن المحذور .

وبقي من الشروط : كونها غير موقوفة عليه ، ولا موصىً له بخدمتها ، ولا أمة مكاتبه كما تقدم ، ولا أمة ولده كما سيأتي في تتمة الفصل التنبيه عليه .

وقد تقدم أنه إذا أوصىٰ بحمل دائماً أو مطلقاً وحمل على العموم ـ وهو الظاهر ـ فإذا أعتق الوارث هـٰذه الأمة . . امتنع على الحر الذي لا يخاف العنت أن يتزوج بها ؛ لأجل إرقاق الولد ، فإذا تزوج بها معسر خائف للعنت . . تصور فيها ولد رقيق بين حرين والحر بين رقيقين .

صورته : إذا وطىء العبد جارية ولده . . ففي حرية الولد وجهان ، كلام الرافعي يشعر بترجيح الحرية ، ويتصور أيضاً فيما إذا وطىء العبد زوجته الأمة أو أمة لغيره علىٰ ظن أنها زوجته الحرة . . يكون الولد حراً ؛ مراعاة لظنه .

فرع :

من استجمع شروط نكاح الأمة ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ على الأصح ؛ لأنه لا يأمن بها العنت[1] .

قال : (**وتحل لحر وعبد كتابيين أمة كتابية على الصحيح**) ؛ لتساويهما في الدين .

والثاني : لا تحل له ، كما لا ينكحها الحر المسلم ، ومحل الوجهين إذا كان الحر الكتابي يخاف العنت ولم يجد طول حرة ، وإلا . . فيمتنع عليه نكاح الأمة كما يمتنع على المسلم نكاح الأمة المسلمة ، ولذلك يشترط في عقد الذمي ما يشترط في عقد

(١) في هامش (ز) : (قاله في « أصل الروضة » ، وطردَ الجيلي ذلك في الرتقاء والقرناء ، وهو واضح) .

لاَ لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي ٱلْمَشْهُورِ . وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ . وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً . . لَمْ تَنْفَسِخِ ٱلأَمَةُ . . . .

المسلم من الولي المرشد في دينه ، وشهادة عدلين مسلمين ، وانتفاء الموانع إلا في نكاحه الأمة الكتابية .

قال : (**لا لعبد مسلم في المشهور**[1]) ؛ لأن المنع من نكاحها لكفرها ، فيستوي فيه العبد والحر كالمرتدة والمجوسية .

وفي قول : له نكاحها ؛ لأنه لا تفاوت بينهما في الرق والحرية ، وإنما يتفاوتان في الدين ، وهو لا يمنع النكاح ؛ لأن الحر المسلم ينكح الحرة الكتابية .

قال : (**ومن بعضها رقيق كرقيقة**) فلا ينكحها الحر إلا عند اجتماع الشروط الأربعة المتقدمة ؛ لأن إرقاق بعض الولد محذور كما أن إرقاق كله محذور .

وإذا قدر علىٰ نكاحها هل له نكاح التي تمحضت رقيقة؟ تردد فيه الإمام ؛ لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله ، وهـٰذا ظاهر على القول بأن ولد المبعضة ينعقد مبعضاً ، أما إذا قلنا : ينعقد حراً . . فيحتمل أن يقطع بالمنع .

وحكى الرافعي عن بعض الأصحاب : أن المبعض كالرقيق ينكح الأمة مع القدرة على الحرة ، ويجمع بينهما ، وتبعه في « الوسيط » و« الحاوي الصغير » ؛ لأن الذي فيه من الرق أخرجه عن الولاية والنظر للولد .

فرع :

أفتى القاضي حسين بأن من زوج أمته بواجد طول حرة فأولدها . . كانت أولادها أرقاء ؛ لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح .

قال : (**ولو نكح حر أمة بشرطه ثم أيسر ، أو نكح حرة . . لم تنفسخ الأمة**) أشار بهـٰذا إلىٰ أن الشروط الثلاثة الأول المعتبرة في نكاح الأمة إنما تعتبر في ابتداء النكاح دون دوامه ، فلو نكح أمة ثم أيسر أو تزوج عليها حرة . . صح ولم ينفسخ نكاح الأمة ؛

---

(١) في (ت) : (على الصحيح) .

وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لاَ تَحِلُّ لَهُ أَمَةٌ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْدٍ. . بَطَلَتِ ٱلأَمَةُ ، لاَ ٱلْحُرَّةُ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

لقوة الدوام ، كما أن خوف العنت يشترط في الابتداء دون الدوام ، وكذلك ابتداء الإسلام يمنع ابتداء السبي دون الدوام ، وكذلك الإحرام والعدة والردة تمنع ابتداء النكاح دون دوامه[1] .

وعن علي وابن عباس رضي الله عنهما : إذا تزوج حرة علىٰ أمة . . لم ينفسخ نكاح الأمة ، وقال المزني : ينفسخ في الصورتين ، وخالف أحمد في الثانية ، وقال النخعي : إن كان له من الأمة ولد . . لم يفارقها ، وإلا . . فارقها .

قال : (**ولو جمع من لا تحل له أمةٌ حرةً وأمةً بعقد . . بطلت الأمة**) بلا خلاف ؛ لفوات شرطه ، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة . . فنكاح الأمة باطل قطعاً ؛ لاستغنائه عنه ، وفي نكاح الحرة طريقان :

أظهرهما عند الإمام : أنه على القولين ، وصححه في « الشرح الصغير » .

وثانيهما : القطع بالبطلان ؛ لأنه جمع بين امرأتين يجوز إفراد كل منهما دون الجمع ، فأشبه الأختين ، ومن قال بالأول . . فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوىٰ ، والحرة أقوىٰ .

وفي « المعاياة » للجرجاني : يصح النكاحان ، وغلطه ابن الصلاح ، وقد سبق الجرجاني إليه القاضي أبو الطيب .

قال : (**لا الحرة في الأظهر**) هما القولان في تفريق الصفقة ، والجمع بين مسلمة ووثنية أو مُحَلَّة ومُحَرَّمة أو أجنبية ومحرَم كذلك ، وإذا صح . . فبمهر المثل في الأصح .

وصورة مسألة الكتاب أن يقول : زوجتك بنتي وأمتي بكذا ، فيقول : قبلت نكاحهما ، فلو قال : زوجتك بنتي بألف وزوجتك أمتي بمئة فقبل البنت ثم الأمة أو

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (كذا وقع في « الرافعي » وغيره ، وحكم الردة : أنها تمنع الدوام بلا خلاف ، لـٰكن تمنع قبل الدخول حالاً ، وبعده بشرط الإصرار إلى انقضاء العدة) .

فَصْلٌ :

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لاَ كِتَابَ لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ . . . .

قبل البنت فقط . . صحت البنت قطعاً ، ولو قدم الأمة في تفصيلهما إيجاباً وقبولاً . . صحتا حيث جازت الأمة ؛ لقبول الحرة بعد صحة نكاح الأمة ، ولو فصل الإيجاب وجمع القبول أو عكسه . . فكتفصيلهما ، وقيل : كجمعهما .

تتمة :

لو جمع من تحل له الأمة بين أختين وأمة . . بطل نكاح الأختين ، وفي الأمة الخلاف ، ولو تزوج أمتين في عقد . . بطل نكاحهما قطعاً كالأختين .

وجميع ما ذكرناه في أمة غيره أردنا به غير أمة ولده ، وأما أمة ولده . . ففيها خلاف وتفصيل يأتي في (باب الخيار والإعفاف) ، وأما أمة الأب . . فكأمة غيره ؛ لأن الابن لا يجب له علىٰ أبيه حق الإعفاف ، ولو استولدها . . لا تصير أم ولد كجارية الأجنبي ، إلا أنها إذا ولدت منه كان الولد حر الأصل .

وقيل : ينعقد رقيقاً ثم يعتق .

قال : (**فصل :**

يحرم نكاح من لا كتاب لها كوثنية ومجوسية) هـٰذا هو الجنس الرابع من الموانع وهو الكفر ، والكفار ثلاثة أصناف :

صنف ليس لهم كتاب ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان والشمس والقمر والنجوم ، والصور التي ينحتونها ، وعباد البقر والخيل البلق ، والمعطلة الذين لا يثبتون الخالق ، والدهرية الذين ينسبون الأمور إلى الدهر ، والزنادقة الذين يظهرون الدين وهم في الباطن معطلة كمن يقول بتدبير الطبائع الأربعة ، والمانوية الذين يعتقدون أن النور يفعل الخير والظلمة تفعل الشر ، الذين عناهم الشاعر بقوله [من الطويل] :

وكـم لظـلام الليـل عنـدك مـن يـد ... تخبـر أن المـانـويـة تكـذب

فهـٰؤلاء لا تحل مناكحتهم بالاتفاق ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ .

. . . .

والوثنية : عابدة الوثن ، وهو الصنم ، وقيل : الوثن والصنم شيء واحد ، وقيل : الصنم ما كان مصوراً والوثن غير مصور .

هـٰذا بالنسبة إلى اللغة ، أما في الحكم . . فلا يختلف ، وكذا كل من يعبد صورة من دون الله تعالىٰ لا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم .

أما تحريم الوثنية على الكتابي . . ففيه وجهان في « الكفاية »[1] ، قال الشيخ : ينبغي إن قلنا إنهم مخاطبون بالفروع أن يحرم ، وإلا . . فلا حل ولا حرمة ، فعلى التحريم يأثم بوطئها .

الصنف الثاني : أهل الكتاب ، وهم اليهود والنصارىٰ ، وسيأتي حكمهم .

والثالث : المجوس ، فيحرم على المسلم نكاح المجوسية ؛ لأن الأصل في الكافرات تحريمهن لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ ، ثم خص الله منهن أهل الكتاب بقوله : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ ، وفي المجوس للشافعي رضي الله عنه قولان :

أشبههما : أن لهم كتاباً غير التوراة والإنجيل وقد نسوه وبدلوه ، وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أخذ الجزية منهم .

والثاني : أنهم لا كتاب لهم[2] ، وقد روى البخاري [٣١٥٧] : أن أمرهم أشكل علىٰ عمر رضي الله عنه حتىٰ شهد عنده عبد الرحمـٰن بن عوف رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، وفيه [٣١٥٨] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا عبيدة بن الجراح إلى البحرين فأتىٰ بجزيتها ، وكان النبي صلى الله

---

(١) في هامش (ز) : (ظاهر إطلاق المصنف و« الحاوي » و« الروضة » و« أصلها » تحريمها عليه ، وقيده « التنبيه » بالمسلم ، ومقتضاه حلها للكتابي ، وفي ذلك وجهان في « الكفاية » .
وهل تحرم الوثنية على الوثني؟
قال السبكي : ينبغي إن قلنا إنهم مخاطبون بالفروع . . حرمت ، وإلا . . فلا حل ولا حرمة ، فعلى التحريم يأثم ، وبهـٰذا يعرف ما في الشرح من الخلل) .

(٢) في هامش (ز) : (وحكى ابن الرفعة أنه المنصوص في « الأم » و« المختصر ») .

. . . .

عليه وسلم صالح أهل البحرين وأمر عليهم العلاء بن الحضرمي ، فقدم أبو عبيدة بمال البحرين) .

قال الشيخ : وأهل البحرين مجوس ، فلذلك اتفق العلماء علىٰ أخذ الجزية من المجوس وتقريرهم بها ، وروي عن علي أنه قال : (كانوا أهل كتاب ، فأراد ملكهم أن ينكح أخته ، فسأل بعض علمائهم أن يجعل له في نكاحها شبهة ، فقال : هـٰذا دين أبينا آدم فنحن أحق به أن نحيي سنته ، فنكح الملك أخته وأمسكوا عن الإنكار عليه خوفاً من سطوته ، فأصبحوا وقد أسري بكتابهم)[1] .

وهم لا يؤمنون بأحد من الأنبياء غير دوارست يدعون نبوته وينقلون عنه معجزات .

ففي جانب الدم أقررناهم بالجزية حتىٰ لا نبيح دماءهم بالشك ، وهـٰذا مجمع عليه ، وفي النكاح والذبيحة حرمناهما ؛ لأن أصلهما التحريم فلا يستباحان بالشك ، وبهـٰذا قال سبعة عشر صحابياً ، وعليه أكثر العلماء عملاً بالاحتياط ، وبما روي من قوله صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » رواه إلىٰ هنا الشافعي في « مسنده » [١/٢٠٩] وأبو عبيد في « الأموال » .

وأما زيادة : « غير مناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » فمشهورة بين الفقهاء ، وهي في « طبقات ابن سعد » [١/٢٦٣] في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلىٰ مجوس هجر ، وممن قال تحل ذبيحتهم ومناكحتهم الشيخ أبو إسحاق المروزي ، ونقله في كتاب « التوسط » عن المزني وهو غريب عنه ، وقال به أبو عبيد بن حربويه والشيخ أبو حامد : وهـٰذا ضعيف عند الأصحاب .

وظاهر عبارة المصنف موافقة من قال : لا كتاب لهم ، وأن المجوسية كالوثنية لا كتاب لها ، وعبارة « المحرر » : لا تحل مناكحة الكفار الذين لا كتاب لهم كعبدة الأوثان والشمس والزنادقة ، وكذا مناكحة المجوس ، فقوله : (وكذا مناكحة المجوس) يعني : لا تحل مناكحتهم ، ولا يقتضي أنهم لا كتاب لهم .

---

(١) أخرجه الشافعي في « المسند » (١/ ١٧٠) ، والبيهقي (٩/ ١٨٨) .

وَتَحِلُّ كِتَابِيَّةٌ ، لَـٰكِنْ تُكْرَهُ حَرْبِيَّةٌ ، وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

قال : (**وتحل كتابية**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ ولا فرق بين أن تكون حربية أو ذمية ، ولم يخالف في ذلك إلا ابن عباس وابن عمر ؛ فإنهما حرماها ، وقال ابن عمر لما سئل عنها : إن الله حرم المشركات ، ولا أعلم من الإشراك شيئاً أعظم من أن تقول المرأة : ربها عيسىٰ ، وهو عبد من عباد الله .

وقال الإمامية والشيعة : لا يحل نكاحها إلا عند عدم المسلمة .

لـٰكن يستثنى النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الكتابية حراماً عليه على الصحيح ، وبه قطع العراقيون ؛ تنزيهاً له عن المحال المشركة النجسة .

قال : (**لـٰكن تكره حربية**) أي : الكتابية الحربية ؛ خوفاً من استرقاق الولد حيث لا يعلم أنه ولد مسلم ، وهـٰذه العلة نص عليها في (سير الواقدي) من « الأم » ، ولما في الميل إليها من خوف الفتنة ، بل نص في « الأم » علىٰ كراهة نكاح المسلمة المقيمة في بلاد الكفر ؛ لأنها قد تسترق ، وذكر في موضع آخر كراهة التسري أيضاً .

وأغرب صاحب « الذخائر » وتبعه ابن الرفعة فنقلا عن « حلية الشاشي » وجهاً عن بعض العراقيين : أن الحربية لا تحل للمسلم ، وهو وهم ؛ فإن الشاشي إنما أخذه من « الحاوي » ، وهو قال : وأبطل العراقيون نكاحها ، وهـٰذا الكلام إذا وقع في كتب العراقيين . . لا يريدون به إلا أصحاب أبي حنيفة كما نبه عليه الماوردي وغيره ، فليس ذلك وجهاً في المذهب أصلاً ، وسيأتي له نظير في (كتاب الخلع) في قوله : (وإن بدأ بصيغة تعليق كمتىٰ أو متىٰ ما أعطيتني . . فتعليق) .

قال : (**وكذا ذمية على الصحيح**) ؛ لئلا تفتنه أو ولده ، والكراهة فيها أخف من الكراهة في الحربية ، وإلىٰ هـٰذا ذهب مالك وأبو حنيفة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾ ، ﴿ أُو۟لَـٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ﴾ .

والوجه الثاني : لا يكره نكاحها ، وهو بعيد وإن قاله الإمام والمتولي ، اللهم إلا أن يكون ذلك طريقاً لإسلامها فيستحب ؛ لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه نكح نائلة بنت الفرافصة ـ بفتح الفاء الأولىٰ وكسر الثانية ـ الكلبية وهي نصرانية فأسلمت وحسن إسلامها ، وكانت أحظىٰ نسائه . رواه البيهقي [٧/ ١٧٢] .

وَٱلْكِتَابِيَّةُ : يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ ، لاَ مُتَمَسِّكَةٌ بِٱلزَّبُورِ وَغَيْرِهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ ٱلْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً . . فَٱلأَظْهَرُ : حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ ٱلدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ ، . . . .

وروىٰ [٧/ ١٧٢] أن طلحة تزوج يهودية ، وأن عبد الرحمـٰن بن عوف تزوج يهودية ، وتزوج حذيفة يهودية فكتب إليه عمر أن يفارقها ، قال : وهـٰذا من عمر علىٰ سبيل التنزيه والكراهة .

وقال القفال في « محاسن الشريعة » : الحكمة في حل الكتابية للمسلم ما يرجىٰ من ميلها إلىٰ دين الزوج ؛ فإن الغالب على النساء الميل إلىٰ أزواجهن وإيثارهم على الآباء والأمهات .

قال : (**والكتابية : يهودية أو نصرانية**) بالاتفاق ، وهما الطائفتان المشهورتان عند العرب المشار إليهما بقوله تعالىٰ : ﴿ **أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا** ﴾ ، ولم يدخل المجوس فيهم وإن قلنا : إنَّ لهم كتاباً ؛ لأنه غير مشهور .

قال : (**لا متمسكة بالزبور وغيره**) يعني : من كتب سائر الأنبياء كصحف شيث وإبراهيم وإدريس عليهم الصلاة والسلام ، فلا تحل مناكحتهم ، واختلفوا في سببه ، فقيل : لأنها لم تنزل عليهم بنظم يدرس ويتلىٰ ، وإنما أوحي إليهم معانيها .

وقيل : لأنها كانت حكماً ومواعظ من غير أحكام وشرائع ، والأصح ـ وهو قول أبي إسحاق المروزي ـ : تقريرهم بالجزية كالمجوس .

و(الزبور) : كتاب داوود عليه الصلاة والسلام .

وصحف شيث كانت خمسين صحيفة ، وهو ابن آدم لصلبه ، وكان من أجمل ولده وأفضلهم وأشبههم بأبيه وأحبهم إليه ، وكان وصي آدم وولي عهده ، وهو الذي ولد البشر كلهم ، وإليه انتهت الأنساب ، وهو الذي بنى الكعبة بالطين والحجارة ، وعاش تسع مئة واثنتي عشرة سنة .

قال : (**فإن لم تكن الكتابية إسرائيلية . . فالأظهر : حلها إن علم دخول قومها في ذلك الدين قبل نسخه وتحريفه**) ؛ اكتفاء بتمسكهم بذلك الدين لما كان حقاً كما يقرون بالجزية بلا خلاف .

والقول الثاني : المنع مطلقاً ؛ لفقد نسب إسرائيل ، بناء علىٰ أن الإسرائيلية أبيحت لفضيلتي النسب والدين ، والأصح : أن إباحتها لفضيلة الدين فقط .

فإذا لم يعلم أنهم دخلوا قبل التحريف أم بعده أو قبل النسخ أو بعده . . فيؤخذ فيهم بالاحتياط ، فيقرون بالجزية وتحرم مناكحتهم وذبائحهم تغليباً لحقن الدم ، وبذلك حكمت الصحابة في نصارى العرب[1] .

قال الشيخ : وذكروا في (كتاب الجزية) : أن اليهود والنصارىٰ إذا ادعوا أنهم من بني إسرائيل يقرون ؛ لأنه لا يعلم إلا من جهتهم ، وقياسه اعتمادهم هنا أيضاً ، وقد يمنع ؛ لتشوف الشارع إلىٰ حقن الدماء ، بخلاف الأبضاع ؛ لبنائها على الاحتياط .

فعلىٰ هـٰذا : يمتنع الآن نكاح الذميات إلا أن يسلم منهم اثنان ويشهدان بصحة ما يوافق دعواهم ذلك .

و(الإسرائيلية) منسوبة إلىٰ إسرائيل الله ، وهو يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم عليهم الصلاة والسلام ، وهو اسم أعجمي يقال فيه : إسرائل وإسرائيل ، وتميم تقول : إسرائين بالنون ، و(إسرا) بالعبرانية : عبد ، و(إيل) : اسم الله تعالىٰ ، فمعناه عبد الله .

قال : (**وقيل : يكفي قبل نسخه**) أي : وبعد التحريف وإن دخلوا في المحرف ؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا منهم ولم يبحثوا .

والصحيح : المنع ؛ لأن الفضيلة التي لهم بطلت بالتحريف ، وهل يُقر هـٰؤلاء بالجزية؟ قال البغوي : لا ، وقال غيره : نعم كالمجوس ، قال الرافعي : وهو أولىٰ للشبهة .

---

(١) في هامش (ز) : (وقال السبكي : ينبغي الحل فيمن علم أصل دخولهم وجهل وقته ، وإلا . . فما من كتابي اليوم لا يعلم أنه إسرائيلي إلا ويحتمل فيه ذلك ، فيؤدي إلىٰ أن لا تحل ذبائح أحد منهم اليوم ومناكحته بل ولا في زمن الصحابة كبني قريظة والنضير وقينقاع ، قال : وطلب مني بالشام منعهم من الذبح فأبيت ، ومنعهم قبلي محتسب بفتوىٰ بعضهم ، ولا بأس بالمنع إن رآه مصلحة ، وأما الفتوىٰ به . . فمحتمل) .

وَٱلْكِتَابِيَّةُ ٱلْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ ، وَتُجْبَرُ عَلَىٰ غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ ، . . . .

قال الشيخ : ومراده : أن قول غير البغوي أولىٰ من قول البغوي .

وقال في « الروضة » : ويقرون بالجزية على الأصح ، وأولىٰ للشبهة ، وكأنه حمله علىٰ أن هـٰؤلاء أولىٰ بالتقرير بالجزية من المجوس ، وهـٰذا غير متجه ؛ لأن المجوس لا خلاف في تقريرهم ، ولأن الشبهة شاملة لهم .

وصورة المسألة : إذا دخلوا في المحرف ، فإن دخلوا في الحق منه . . فكما قبل التحريف ، فيحل جزماً علىٰ هـٰذا القول ، وأما الذين دخلوا بعد التحريف والنسخ كالداخلين بعد بعثة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ـ وقيل : بعد نزول القرآن ـ فلا يناكحون ، وفي المتهودين بعد بعثة عيسىٰ عليه الصلاة والسلام وجهان :

أصحهما : أن الحكم كذلك ، ومن قال بالثاني . . بناه علىٰ أن شريعة عيسىٰ هل نسخت جميع شريعة موسىٰ أو بعضها؟ فالقائل بالبعض يحتج بقوله تعالىٰ : ﴿ وَلِأُحِلَّ لَكُم بَعْضَ ٱلَّذِى حُرِّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ .

والمشهور : أن عيسىٰ عليه الصلاة والسلام مقرر لشريعة التوراة إلا ما نسخ منها ؛ لأنه من أنبياء بني إسرائيل .

وقال الشافعي رضي الله عنه : كل شريعة نسخت التي قبلها ، فشريعة عيسىٰ نسخت شريعة موسىٰ ، وشريعة محمد صلى الله عليه وسلم نسخت جميع الشرائع[1] .

قال : (**والكتابية المنكوحة كمسلمة في نفقة وقسم وطلاق**) ، وكذلك الظهار والإيلاء والعدة والسكنىٰ والكسوة والإحداد والرجعة وغيرها ؛ لأنها زوجة إلا أنه لا توارث بينهما ، ولا تغسل الزوج إذا اعتبرنا النية في الغسل ، ولا يحد قاذفها بل يعزر .

قال : (**وتجبر علىٰ غسل حيض ونفاس**) المراد : أنها إذا طهرت من الحيض أو النفاس . . لم يكن له أن يطأها قبل الغسل ، وله أن يأمرها بالاغتسال إن أمكن ، وإن

---

(١) في هامش (د) : (لم يذكر الشارح رحمه الله حكم الاسرائيلية ، وحكمها : حل مناكحتها مطلقاً ، إلا إذا حصل الدخول بعد الفسخ ، فراجعه من « الروضة ») .

وَكَذَا جَنَابَةٌ وَتَرْكُ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، ....

لم يمكن.. فبالتيمم ، وإن امتنعت.. أجبرها الزوج عليه ؛ لأنه به يصل إلىٰ حقه ، والزوج ينوب عنها في النية ، وهـٰذا لا يختص بالذمية ، بل الزوجة المسلمة والأمة كذلك ؛ لأن التمكين من الوطء واجب عليهن ، وهو متوقف علىٰ ذلك .

وخرج الحليمي من نص الشافعي علىٰ إجبارها على الغسل أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الإسلام ؛ لأن حل الاستمتاع يتوقف عليه ، والمذهب خلافه ؛ لأن الرق أفادها الأمان من القتل فلا تجبر كالمستأمنة ، وليس كالاغتسال ؛ فإنه لا يعظم الأمر فيه ولا يعسر عسر تبديل الدين .

وقطع المتولي في غسل الذمية بأنه لا بد من نيتها إباحة الاستمتاع ، ورجحه في « التحقيق »[1] ، فإن لم تفعل.. غسلها الزوج ، واستفاد ذلك وإن لم توجد منها النية للضرورة كما تجبر المسلمة المجنونة عليه .

قال : (**وكذا جنابة وترك أكل خنزير في الأظهر**) ، كما يجبرها علىٰ إزالة النجاسة ويمنعها من السكر .

والثاني : لا إجبار ، وصححه ابن المنذر في الذمية ؛ لأن الجنابة لا تمنع الاستمتاع ، وأطلق الجمهور القولين .

وقيل : إن طال الزمن في الجنابة بحيث تعافها النفس.. أجبرت ، وإلا.. فلا ، وبهـٰذا يحصل في المسألة ثلاثة أقوال .

وفي إجبار المسلمة على الغسل من الجنابة القولان إذا لم يدخل وقت صلاة ، فإن دخل.. أجبرت إن كانت بالغة ، وأطلق البغوي القول بالإجبار .

وله المنع من أكل ما يتأذىٰ برائحته كالثوم والبصل والكراث غير المطبوخ على الأظهر ، وقيل : قطعاً .

وله المنع من شرب ما تسكر به ، وفي القدر الذي لا يسكر القولان ، ويجريان في منع المسلمة من هـٰذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته .

---

(١) في هامش (ز) : (لم يرجح فيها شيئاً) .

وقيل : يمنعها قطعاً ؛ لأن ذلك القدر لا ينضبط ، ويختلف باختلاف الأشخاص .

وما ذكره المصنف من منع الذمية من لحم الخنزير محله فيمن تعتقد حله كالنصرانية ، فإن كانت ترىٰ تحريمه كاليهودية . . منعها منه قطعاً كالمسلمة ، كذا جزم به الماوردي والروياني ، وهو الصواب .

وسيأتي في (باب الخيار والإعفاف) : أن الزوج إذا وطىء زوجته المسلمة ليلاً وعلم أنها لا تغتسل وقت صلاة الصبح وتفوتها الصلاة . . عن الشيخ عز الدين : أنه لا يحرم عليه وطؤها ، بل يطؤها ويأمرها بالاغتسال وقت الصلاة .

قال : (**وتجبر هي ومسلمة علىٰ غسل ما نجس من أعضائها**) ؛ ليتمكن من الاستمتاع ، قال في « الروضة » و« المحرر » : (وهـٰذا لا خلاف فيه) وليس كذلك ؛ ففي « التنبيه » فيه القولان ، وينبغي أن يكونا في غير النجاسة المغلظة ؛ فإنه يجبرها علىٰ أن تغسل ذلك سبعاً وتتربه على الأصح ، وقيل : علىٰ غسله مرة واحدة بغير تراب .

وكذلك تجبران على التنظيف بالاستحداد وقلم الظفر وغسل الأوساخ وإزالة شعر الإبط إذا تفاحش شيء من ذلك ؛ حتىٰ يكسر التوقان ، فإن كان لا يمنع إلا كمال الاستمتاع . . فقولان : أصحهما الإجبار .

وله منعها من أكل سائر السموم قطعاً ، ومن تعاطي ما يخاف منه مرض على الأصح ، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل الدباغ ، وليس له منعها من لبس الحرير ولا الديباج ولا الحلي المباح لها ، وللزوج منع زوجته الكتابية من البِيَع والكنائس .

قال الرافعي : كما تمنع المسلمة من المسجد والجماعات ، وقال القاضي حسين : له منعها من المساجد ومصلى الأعياد ، وتأول قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله »[1] علىٰ أنه أراد المسجد الحرام ، يعني : لا تمنعوهن الحج إذا أردنه ، أو أراد ما إذا كانت عجوزاً شوهاء .

---

(١) أخرجه البخاري (٩٠٠) ، ومسلم (١٣٦/٤٤٢) .

وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَإِنْ خَالَفَتِ ٱلسَّامِرَةُ ٱلْيَهُودَ ، وَٱلصَّابِئُونَ ٱلنَّصَارَىٰ فِي أَصْلِ دِينِهِمْ . . حَرُمْنَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . . . .

قال : (وتحرم متولدة من وثني وكتابية) ؛ لأنها ليست من أهل الكتاب ، وهـٰذا متفق عليه عندنا ، وبه قال أحمد .

قال : (وكذا عكسه في الأظهر) ؛ تغليباً للتحريم كالمتولد بين المأكول وغيره .

والثاني ـ وبه قال مالك ـ : أنها تحل ؛ لأن الانتساب إلى الأب والأب كتابي .

وقال أبو حنيفة : يحل الولد سواء كان الأب كتابياً أو الأم تبعاً لخير الأبوين ديناً ، كما لو كان أحد الأبوين مسلماً يحكم بإسلام الولد .

وفرق الأصحاب بأن الإسلام يعلو ويغلب سائر الأديان ، وسائر الأديان تتقاوم ، ولا يغلب بعضها بعضاً ، والكفر كله ملة واحدة ، وجميع ما تقدم من المنع جزماً إذا كانت الأم كتابية ، وعلىٰ أحد القولين إذا كان الأب كتابياً محله في الصغير المتولد منهما ، أما إذا بلغ وتدين بدين الكتابي من الأبوين . . فنص الشافعي رضي الله عنه علىٰ أنه تحل مناكحته وذبيحته .

فائدة :

قال الشيخ في قوله صلى الله عليه وسلم في كتابه الذي كتبه إلىٰ قيصر : « أسلم . . تسلم ، وأسلم . . يؤتك الله أجرك مرتين »[1] هـٰذا يدل علىٰ أن قيصر كان علىٰ دين عيسىٰ عليه الصلاة والسلام حين كان حقاً قبل التبديل والنسخ ، وإلا . . لم يكن له أجره مرتين لو أسلم ، ويدل علىٰ أنه وأصحابه أهل كتاب ؛ لأنه خاطبهم بـ : ﴿ قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْاْ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾ الآية .

قال : (**وإن خالفت السامرة اليهود ، والصابئون النصارىٰ في أصل دينهم . . حرمن ، وإلا . . فلا**)[2] ، السامرة طائفة من اليهود الذين أضلهم السامري واسمه :

---

(١) أخرجه البخاري (٧) ، ومسلم (١٧٧٣) .

(٢) في هامش (ز) : (ليس فيه بيان ما إذا شككنا أمخالفوهم في الأصول أم الفروع؟ والمجزوم به في « الروضة » : أنهم لا يناكحون .
=

موسىٰ بن ظفر ، فعبدوا العجل لما غاب عنهم موسىٰ عليه الصلاة والسلام العشرة أيام التي بعد الثلاثين ، وهم ينكرون نبوة كل نبي بعد موسىٰ ، ويرون أنه يحرم عليهم الخروج من أرض الأردن وفلسطين ، وبيدهم توراة مخالفة لتوراة اليهود ، ويعظمون نابلس ، وهم الآن مخالفون لليهود في أشياء كثيرة ، فلذلك قال الشيخ : الذي يظهر وينبغي أن يفتىٰ به تحريم مناكحتهم كالمجوس ، واختلف قول الشافعي رضي الله عنه فيهم ، وهو محمول على التفصيل الذي ذكره المصنف .

وأما الصابئون فقسمان :

أحدهما : يعتقدون الكواكب ، وهم أقدم من النصارىٰ بكثير ، كانوا في زمن إبراهيم عليه السلام .

والثانية : طائفة من النصارىٰ نسبتهم إليه كنسبة السامرة إلى اليهود ، والكلام في هـٰؤلاء كالكلام في السامرة ، وأما القسم الأول . . فبعيدون من النصارىٰ ؛ لأنهم يقولون : إن الفلك حي ناطق ، وإن الكواكب السبعة هي المدبرة ، واستفتى القادر[1] بالله الفقهاءَ فيهم ، فأفتاه الإصطخري بقتلهم ، فبذلوا للقادر أموالاً عظيمة فتركهم ، وكان القادر سيء السيرة في خلافته ، ولم تطل مدته .

وفصل المقال أن الصابئة إن وافقوا النصارىٰ في أصولهم ولم يخالفوهم إلا في الفروع وقد دخلوا في دينهم قبل التبديل . . أقروا بالجزية ، وحلت ذبيحتهم ومناكحتهم ، وإلا . . فلا .

وأما المبتدعة من أهل الإسلام إذا كفرناهم . . فالذي يظهر أن أولادهم مسلمون ما لم يعتقدوا بعد بلوغهم ذلك الاعتقاد ؛ لأنهم ولدوا على الإسلام بين المسلمين ظاهراً ، وحكم اعتقاد الآباء لا يسري إليهم .

قال : (**ولو تهود نصراني أو عكسه . . لم يقر في الأظهر**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ ﴾ ، ولأنه أحدث ديناً باطلاً بعد اعترافه ببطلانه فلم يقر

= وقال البلقيني : ظاهر كلام الشافعي في « المختصر » الحل ، وساق كلامه) .

(١) في هامش (ز) : (الذي في « الرافعي » : القاهر) .

فَإِنْ كَانَتِ ٱمْرَأَةً . . لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ . . فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ . وَلاَ يُقْبَلُ مِنْهُ إِلاَّ ٱلإِسْلاَمُ ، وَفِي قَوْلٍ : أَوْ دِينُهُ ٱلأَوَّلُ . . . .

عليه كردة المسلم ، وفي « معجم الطبراني » بإسناد صحيح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما نصراني أسلم ثم تنصر . . فاضربوا عنقه » .

والثاني : يقر بالجزية علىٰ ما انتقل إليه ؛ لتساوي الدينين في التقرير بالجزية ، وليس كالمسلم يرتد ؛ لأنه ترك دين الحق ، وصحح هٰذا في « الشرح الصغير » تبعاً للشيخ أبي حامد والبغوي ، وهو نصه في « المختصر » .

وبنى المتولي وغيره القولين علىٰ أن الكفر ملة واحدة أو ملل ، إن قلنا : ملل . . لم يقر ، وإن قلنا : ملة واحدة . . أقر كما يقر المسلم إذا انتقل من مذهب إلىٰ مذهب .

قال : (**فإن كانت امرأة . . لم تحل لمسلم**) كالمسلمة إذا ارتدت تفريعاً علىٰ أنها لا تقر ، وكذا لا تحل ذبيحتها ولا ذبيحته لو كان رجلاً ، أما إذا قلنا : بالتقرير . . فتحل الذبيحة والمناكحة .

قال : (**فإن كانت منكوحته . . فكردة مسلمة**) فتنجز الفرقة قبل الدخول ، وتتوقف على انقضاء العدة بعده .

قال : (**ولا يقبل منه إلا الإسلام**) ؛ لظاهر الآية .

قال : (**وفي قول : أو دينه الأول**) ؛ لأنه كان مقراً عليه ، فنأمره بالإسلام فإن أبىٰ ورجع إلى الأول . . ترك ، لا أنا نخيره بينهما .

وقيل : يجوز أن يدعىٰ إلىٰ أحدهما ، ولا يكون ذلك أمراً بالكفر ، بل إجبار علىٰ حكم الله تعالىٰ كالدعاء إلى الإسلام أو الجزية ، فإن أبى الإسلام على الأول أو الإسلام وما كان عليه على الثاني . . فالأشبه في « الروضة » و« أصلها » : أنه يلحق بالمأمن .

وقيل : يقتل في الحال كالمسلم يرتد ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه . . فاقتلوه »[1] وصححه في « الذخائر » ، وجزم به الماوردي في (السرقة) ، وقواه الشيخ .

---

(1) أخرجه البخاري (٣٠١٧) ، وابن حبان (٤٤٧٥) ، والترمذي (١٤٥٨) ، وابن ماجه (٢٥٣٥) ، وغيرهم .

وَلَوْ تَوَثَّنَ . . لَمْ يُقَرَّ ، وَفِيمَا يُقْبَلُ ٱلْقَوْلاَنِ . وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ . . لَمْ يُقَرَّ ، وَيَتَعَيَّنُ ٱلإِسْلاَمُ كَمُسْلِمٍ ٱرْتَدَّ . وَلاَ تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ ، . . . .

قال : (**ولو توثن . . لم يقر**) هٰذا لا خلاف فيه ؛ لأن أهله لا يقرون عليه ، سواء كان المتوثن يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً .

قال : (**وفيما يقبل القولان**) :

أحدهما : الإسلام وهو الصحيح ؛ لأن فضيلة الدين الذي كان عليه قد بطلت بالانتقال عنه فلا يرجع إليه ، والذي انتقل إليه لا يمكن التقرير عليه فلم يبق إلا الإسلام .

والثاني : الإسلام أو الدين الذي كان عليه ، وهنا قول ثالث : إنه يقنع منه بالإنتقال إلىٰ دين يساوي الأول الذي انتقل عنه كما لو كان يهودياً فتنصر الآن ، أو نصرانياً فتهود الآن .

وإذا قلنا بالأصح ـ وهو أنه لا يقبل منه إلا الإسلام فامتنع منه ـ فعلىٰ ما اختاره الشيخ : ليس إلا السيف ، وعلىٰ ما قال الرافعي والمصنف : الأشبه أنه يبلغ المأمن .

وإذا توثن مجوسي . . لم يقر على التوثن جزماً ، وفي القناعة منه بالعود إلى التمجس القولان ، وقياس القول الثالث أنه يقنع منه بالتهود أو التنصر ؛ لأن كلاً منهما خير من التمجس ، قاله الرافعي تفقهاً ، وجزم به في « الروضة » .

قال : (**ولو تهود وثني أو تنصر . . لم يقر**) ؛ لأنه دخل فيه بعد التبديل والنسخ .

قال : (**ويتعين الإسلام كمسلم ارتد**) ؛ لأنه كان غير مقرر فلم يزدد بالانتقال تقريراً وتشبيهه بالانتقال ناطق بأنه إذا امتنع من الإسلام بعد الاستتابة . . قتل في الحال .

قال : (**ولا تحل مرتدة لأحد**)[1] لا لمسلم ؛ لأنها كافرة غير مقرة ، ولا لكافر ؛ لبقاء علقة الإسلام فيها ، ولأنها أسوأ حالاً من الوثنية ؛ لعدم تقريرها علىٰ دينها ،

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا المرتد ، ذكره في « التنبيه ») .

وَلَوِ ٱرْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ . . تَنجَّزَتِ ٱلْفُرْقَةُ ، أَوْ بَعْدَهُ . . وُقِفَتْ ؛ فَإِنْ جَمَعَهُمَا ٱلإِسْلاَمُ فِي ٱلْعِدَّةِ . . دَامَ ٱلنِّكَاحُ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْفُرْقَةُ مِنَ ٱلرِّدَّةِ ، . . .

ومنهم من علل ذلك بأن القصد من النكاح الدوام ، وهـٰذه العلة يرد عليها من تحتم قتله ؛ فإن نكاحه يصح .

قال : (**ولو ارتد زوجان أو أحدهما قبل دخول . . تنجزت الفرقة**) ؛ لأنه انتقال من دين إلىٰ دين يمنع ابتداء النكاح ، فأشبه إسلام أحد الزوجين غير الذميين[1] ، ولا فرق بين أن يرتدا معاً أو أحدهما قبل الدخول[2] .

وردة السكران كردة المفيق ، وردة المغلوب علىٰ عقله بغير السكر لا تفسخ نكاحاً .

قال : (**أو بعده . . وقفت ؛ فإن جمعهما الإسلام في العدة . . دام النكاح ، وإلا . . فالفرقة من الردة**) ؛ لأنه اختلاف دين طرأ بعد المسيس فلا يوجب الفسخ في الحال كإسلام أحد الزوجين الكافرين .

وحكى ابن المنذر عن مالك وأبي حنيفة الانفساخ بمجرد الردة .

قال الشيخ : والذي يقتضيه الدليل عدم الانفساخ ولو بعد العدة ؛ فقد ارتد خلق في خلافة الصديق رضي الله عنه ، وعادوا إلى الإسلام ونساؤهم معهم ولم ينقل أن أحداً منهم أمر بتجديد النكاح ، ولا استفصل النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلفاؤه أحداً ارتد وعاد إلى الإسلام هل عاد بعد انقضاء العدة أو قبلها ، لا جرم قال داوود : لا يقطع الارتداد النكاح مطلقاً ، لـٰكن رد عليه الأصحاب بقوله تعالىٰ : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ وهـٰذه كافرة ، ولأن المسلمة لا تقر علىٰ نكاح الذمي ، فلأن لا يجوز تقريرها علىٰ نكاح المرتد أولىٰ .

فرع :

هرب الزوج المرتد واعتدت المرأة فجاء مسلماً وادعىٰ أن إسلامه كان قبل إتيانه

---

(١) في غير (ت) : (الزوجين الذميين) .

(٢) في هامش (ز) : (لعله الآخر) .

بشهر ، وذلك الوقت قبل مضي عدة زوجته وقد انقضت عدتها ، فأنكرت إسلامه إلا في وقت خرجت فيه من العدة . . فالقول قولها مع يمينها ، وعليه البينة ، نقله البيهقي في « المبسوط » عن « النص » .

قال : (ويحرم الوطء في التوقف) ؛ لاحتمال انقضاء العدة قبل اجتماعهما في الإسلام .

قال : (ولا حد) ؛ لأنه يدرأ بالشبهة ، وتجب العدة ، وهما عدتان من شخص واحد ، فهو كما لو طلق امرأته ثم وطئها في العدة ، واجتماعهما في الإسلام هنا بمثابة الرجعة هناك ، يستمر النكاح إذا جمعهما الإسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك .

تتمة :

إذا طلقها في زمن التوقف أو ظاهر منها أو آلىٰ . . توقفنا ، فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها . . تبينا صحتها ، وإلا . . فلا ، وليس للزوج أن ينكح أختها ولا أربعاً سواها في زمن التوقف ، ولا أن ينكح أمة ؛ لاحتمال إسلامها .

ولو طلقها ثلاثاً في مدة التوقف أو خالعها . . جاز له ذلك ؛ لأنها إن لم تعد إلى الإسلام . . فقد بانت بالردة ، وإلا . . فبالطلاق أو الخلع .

* * *

خاتمة

في « فتاوى القفال » : إذا قال لامرأته : يا كافرة ، فإن أراد شتمها . . لم تبن منه ، وإن لم يكن علىٰ وجه الشتم ونوىٰ فراقه منها لأنها كافرة . . بانت منه ، كذا قاله ، وفيه نظر .

وفي « الشرح » و« الروضة » قبيل (الصداق) عن « فتاوى البغوي » : أنه إذا

. . . .

كانت تحته مسلمة وذمية لم يدخل بهما فقال للذمية : أسلمت وللمسلمة تنصرت ، فأنكرتا ، فإن كان قبل الدخول . . ارتفع نكاحهما بزعم الزوج ؛ لأن المسلمة بزعمه مرتدة ، والذمية بإنكارها الإسلام كذلك ، فإن صدقتاه وقالت المسلمة : عدت إلى الإسلام . . استمر النكاح بعد الدخول والله أعلم .

* * *

بَابُ نِكَاحِ ٱلْمُشْرِكِ

أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ . . دَامَ نِكَاحُهُ ، أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ . . تَنَجَّزَتِ ٱلْفُرْقَةُ ، أَوْ بَعْدَهُ وَأَسْلَمَتْ فِي ٱلْعِدَّةِ . . دَامَ ٱلنِّكَاحُ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْفُرْقَةُ مِنْ إِسْلاَمِهِ . . . .

باب نكاح المشرك

(المشرك) : الكافر علىٰ أي ملة كان ، وهو المراد هنا ، فكل مشرك كافر ، وكل كافر مشرك .

وقد يطلق المشرك على الكافر الذي ليس بكتابي ، فيكون أخص من الكافر[1] ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ .

قال : (**أسلم كتابي أو غيره وتحته كتابية . . دام نكاحه**) بالإجماع ، ولأنه يجوز له نكاح الكتابية في الإسلام ابتداء فدوامه أولىٰ ، سواء أسلم استقلالاً أو تبعاً ، ولا فرق بين اليهودي والنصراني والمجوسي والوثني .

قال : (**أو وثنية أو مجوسية فتخلفت قبل دخول . . تنجزت الفرقة**) المراد : إذا أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرهما ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات وتخلفت هي ، فإن كان قبل المسيس . . تنجزت الفرقة ؛ إذ لا عدة ، فتصير كما لو تأخر إسلام المدخول بها حتى انقضت عدتها .

قال : (**أو بعده وأسلمت في العدة . . دام النكاح**) ؛ لاجتماعهما على الإسلام في العدة .

قال : (**وإلا . . فالفرقة من إسلامه**) قال الشافعي : لا نعلم في ذلك خلافاً ، وقال

---

(١) في هامش (ز) : (وقال البلقيني : إن المشرك والكتابي ـ كما يقول أصحابنا في الفقير والمسكين ـ إن جمع بينهما في اللفظ . . اختلف مدلولهما ، فإن اقتصر علىٰ أحدهما . . تناول الآخر) .

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ . . فَكَعَكْسِهِ . وَلَوْ أَسْلَمَا مَعاً . . دَامَ ٱلنِّكَاحُ ، وَٱلْمَعِيَّةُ بِآخِرِ ٱللَّفْظِ . . . .

عبد الله بن شبرمة : إن الناس كانوا علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة الآخر . . فهي امرأته ، وإن أسلم بعد انقضاء العدة . . فلا نكاح بينهما ، كذا أورده صاحب « المهذب » وغيره .

قال في « المطلب » : ولا يحضرني من خرجه ، ورواه في « الكفاية » عن عبد الله بن سمرة ، وهـٰذه الفرقة فرقة فسخ لا طلاق .

قال : (**ولو أسلمت وأصر . . فكعكسه**) إن كان قبل الدخول . . تنجزت الفرقة ، حكى ابن المنذر فيه الإجماع ، أو بعده وأسلم في العدة . . دام النكاح ، وإلا . . فالفرقة من إسلامها ، ولا فرق هنا بين الكتابي وغيره ، ولهـٰذا لم يقيده بخلاف الزوجة .

قال : (**ولو أسلما معاً . . دام النكاح**) علىٰ أي كفر كانا ، سواء بعد الدخول أو قبله ، حكى ابن المنذر وابن عبد البر فيه الإجماع .

وروىٰ أحمد [١/ ٢٣٢] وأبو داوود [٢٢٣١] والترمذي [١١٤٤] : أن رجلاً جاء مسلماً ، ثم جاءت امرأته مسلمة ، فقال : يا رسول الله ؛ إنها أسلمت معي ، فردها عليه صلى الله عليه وسلم .

قال : (**والمعية بآخر اللفظ**) أي : بآخر كلمة الإسلام ؛ لأن بها يحصل الإسلام ، وإذا طلقها زمن التوقف في العدة . . فهو موقوف ، ومثله الظهار والإيلاء ، وإن قذفها . . وقف إسقاط الحد أو التعزير باللعان ، ولو نكح أختها المسلمة[١] أو أربعاً سواها . . لم يصح ، وقيل بقولي وقف العقود .

وإن وطئها في العدة ولم يسلم الثاني . . وجب المهر ، وإن أسلم . . فالأصح : لا يجب ، هـٰذا ملخص مذهب الشافعي ، وهو أظهر الروايتين عن أحمد .

---

(١) في هامش (د) : (نسخة : وكذا الكتابية) .

. . . .

وقال مالك : إن سبق الرجل . . عرض عليها الإسلام في الحال ، فإن أسلمت . . استمر النكاح ، وإلا . . انفسخ ، وساعدنا فيما إذا سبقت المرأة إلى الإسلام(1) .

وعند أبي حنيفة : إذا أسلم أحدهما وهما في دار الإسلام . . يعرض الإسلام ثلاثاً على المتخلف منهما ، فإن أبىٰ . . فرق بينهما ، وتكون الفرقة طلاقاً إن كان الإباء من الزوج ، وفسخاً إن كان من الزوجة ، وإن كانا في دار الحرب . . وقف إلى انقضاء ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، فإن لم يجتمعا في الإسلام حتى انقضت . . حصلت الفرقة ، وتستأنف العدة إن كانت مدخولاً بها .

وإذا دخل الذي أسلم منهما دار الإسلام والمتخلف في دار الحرب . . حصلت الفرقة في الحال ؛ لاختلاف الدارين ، وكذا لو كانا في دار الإسلام فالتحق الكافر بدار الحرب ، قال : وكذلك لو التحق الذمي بدار الحرب ناقضاً للعهد وامرأته في دار الإسلام . . حصلت الفرقة بينهما .

وكذلك لو كان الزوجان في دار الحرب فدخل الزوج دار الإسلام وعقد الذمة لنفسه والمرأة في دار الحرب . . تحصل الفرقة بينهما ، ولا فرق عنده بين ما قبل المسيس وما بعده .

واحتج أصحابنا علىٰ مالك بالقياس علىٰ إسلام الزوجة ، وعلىٰ أبي حنيفة بأن أبا سفيان وحكيم بن حزام أسلما بمر الظهران ـ وهي معسكر المسلمين ـ وامرأتاهما

---

(1) في هامش (ز) : (ولا فرق في ذلك بين أن يكون الإسلام استقلالاً أو بالتبعية ، لكن لو أسلمت المرأة مع أبي الطفل أو عقبه . . بطل النكاح كما قال البغوي ؛ لتقدمها في الأولىٰ ؛ لأن إسلام الابن عقب الأب ، واستشكله الرافعي بأن ترتب الولد على الأب لا يقتضي تقدماً زمانياً .

قال السبكي : وهو مبني علىٰ ما صححوه من كون العلة الشرعية مع المعلول ، والمختار عندي تقدمها ، فيتجه قول البغوي ، وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه ؛ فإن الحكم للتابع متأخر عن الحكم للمتبوع ، فلا نحكم للولد بالإسلام حتىٰ يصير الأب مسلماً ، وأما في الثانية . . فلأن إسلامها متأخر فإنه قَولِيٌّ ، فتتأخر عن إسلام الابن الذي هو حكمي) .

بمكة ، وهي يومئذ دار حرب ، ثم أسلمتا من بعد وأقر النكاح ، رواه الشافعي [أم ١٥٢/٥] عن جماعة من أهل العلم وأهل المغازي وغيرهم .

وروىٰ مالك [٢/٥٤٣ـ٥٤٥] عن ابن شهاب : أنه بلغه أن صفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل هربا كافرين إلى الساحل حين فتحت مكة ، وأسلمت امرأتاهما بمكة وأخذتا الأمان لزوجيهما ، فقدما بعد نحو شهر وأسلما ، فرد النبي صلى الله عليه وسلم امرأتيهما إليهما .

واحتجت الحنفية بحديث زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فإنها هاجرت وتخلف زوجها أبو العاصي بن الربيع كافراً بمكة ثم أسلم فردها عليه بنكاح جديد[1] ، فدل علىٰ وقوع الفرقة بينهما .

والجواب : أن في سنده الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، وقيل : إنه لم يسمع من عمرو بن شعيب .

وروي : أنه ردها إليه بالنكاح الأول ، وهٰذه رواية ابن عباس[2] ، وهي الصحيحة ، وتكلم الترمذي فيها[3] ؛ لأنها أشكلت عليه وقال : لعلها من قبل حفظ داوود بن الحصين ، وقيل في توجيهه : إنها لما هاجرت.. لم ينقطع النكاح ، ولم يكن موقوفاً على انقضاء العدة ؛ لأن ذلك الحكم لم يكن شرع حتىٰ نزلت آية تحريم المسلمات على المشركين بعد صلح الحديبية ، فلما نزلت الآية.. توقف نكاحها على انقضاء عدتها ، فلم يلبث إلا يسيراً حتىٰ جاء أبو العاص وأظهر إسلامه ، فلم يكن بين توقف نكاحها على انقضاء العدة وبين إسلامه إلا اليسير وإن كان بين ذلك وهجرتها ست سنين ، هٰذا هو الصواب .

ومنهم من تأوله علىٰ أنه سبب النكاح الأول ، ولا حاجة إلىٰ هٰذا التأويل مع ما تقرر .

---

(١) الحاكم (٣/ ٦٣٩) ، وابن ماجه (٢٠١٠) ، والدارقطني (٣/ ٢٥٣)، وغيرهم .
(٢) أخرجها الحاكم (٢/ ٢٠٠) ، وأبو داوود (٢٢٣٣) ، والدارقطني (٣/ ٢٥٤)، وغيرهم .
(٣) انظر « الترمذي » (١١٤٣) .

وَحَيْثُ أَدَمْنَا . . لاَ تَضُرُّ مُقَارَنَةُ ٱلْعَقْدِ لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ ٱلإِسْلاَمِ وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ ٱلآنَ . وَإِنْ بَقِيَ ٱلْمُفْسِدُ . . فَلاَ نِكَاحَ ؛ فَيُقَرُّ عَلَىٰ نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ وَشُهُودٍ ، وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ ٱلإِسْلاَمِ ، . . . .

قال : (**وحيث أدمنا . . لا تضر مقارنة العقد لمفسد هو زائل عند الإسلام وكانت بحيث تحل له الآن**) ؛ تنزيلاً لحال الإسلام منزلة ابتداء العقد عليها ؛ لئلا يخلو العقد عن شرطه في الحالتين جميعاً .

قال ابن عبد البر : ولأن عامة الصحابة أسلموا بعد التزويج وأقروا على النكاح الأول ، ولم تعتبر في أصل نكاحهم شروط الإسلام ، وهـٰذا إجماع .

قال (**وإن بقي المفسد . . فلا نكاح**) ؛ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها الآن فلا تقرير ، بل يندفع النكاح .

قال : (**فيقر علىٰ نكاح بلا ولي وشهود**) لما ذكر ضابطاً لما يدوم وما لا يدوم . . خرج عليه مسائل :

منها : التقرير على النكاح الذي وقع في الشرك بلا ولي ولا شهود ، ولا يعرف فيه خلاف إلا عن زفر ؛ فإنه قال : إذا أسلموا . . لا يقرون عليه ، وجمهور العلماء علىٰ خلافه ؛ لأن كون العقد وقع كذلك أمر قد مضىٰ ، والمرأة مضىٰ عليها ما سميت به زوجة عندهم ، وهي الآن بحالة يحل له ابتداء العقد عليها ، وهـٰذا كاف في الإدامة ، وكذلك الحكم لو قهر حربي حربية على الوطء أو طاوعته ثم أسلما واعتقدا ذلك نكاحاً[1] ، وقال القفال : لا يقران عليه ؛ إذ لا أقل من صورة العقد .

قال : (**وفي عدة هي منقضية عند الإسلام**) ؛ لانتفاء المانع ، وكذا لو أجبر البكر غير الأب والجد كما صرح به في « المحرر » ، أو أجبرت الثيب .

وضابطه : أن يكون الآن بحيث يجوز له ابتداء نكاحها ، وتقدم لها ما تسمىٰ به زوجة عندهم .

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا لو قهر الذمي حربية ، ذكره البلقيني ، بخلاف مالو قهر ذمي ذمية كما ذكره « الحاوي » ، وكذا لوقهر حربي ذمية ؛ لأن على الإمام دفع أهل الحرب عن أهل الذمة ، وهـٰذه ذكرها البلقيني) .

وَمُؤَقَّتٍ إِنِ ٱعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّداً ، وَكَذَا لَوْ قَارَنَ ٱلإِسْلاَمَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . .

واحترز بـ(المنقضية) عن الباقية فلا تقرير ؛ لبقاء المفسد ، وصرح بها في « المحرر » ، وخصه في « الرقم » بعدة النكاح وقال : إذا نكح معتدة عن شبهة ثم أسلما والعدة باقية . . يقران على النكاح ؛ لأن الإسلام لايمنع دوام النكاح .

قال الرافعي : ولم يتعرض لهـٰذا الفرق أكثرهم ، والإطلاق يوافق اعتبار التقرير بالابتداء ، يعني فيكون الأصح في عدة الشبهة إذا لم تكن مقتضية عدم التقرير ، وبذلك يصح إطلاق « المنهاج » ، والعمل بعموم منطوقه ومفهومه في الطرفين ، وكلام المصنف فيما بعده يفهمه[١] .

قال : (**ومؤقت إن اعتقدوه مؤبداً**) ؛ لأن مقصود النكاح الدوام ، فإن اعتقدوه مؤقتاً . . فلا يقر ، سواء أسلما بعد تمام المدة أو قبلها ؛ لأن بعد المدة لا نكاح في اعتقادهم ، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً ، ومثل ذلك لا يبتدأ في الإسلام .

قال : (**وكذا لو قارن الإسلام عدة شبهة على المذهب**) وإن كان لا يجوز نكاح المعتدة ؛ لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم ، فغيره أولىٰ .

وصورة المسألة : أن تطرأ عدة الشبهة بعد العقد ؛ لأنه تقدم أنها إذا كانت مقارنة للعقد والإسلام . . لا تقر ، والأصح[٢] هنا التقرير ، فهـٰذه غير تلك .

---

(١) في هامش (د) : (الذي ذكره المصنف بعد ذلك هو قوله : « وكذا لو قارن الإسلام عدة شبهة على المذهب » ، وقد قال الشارح : إن صورة المسألة : أن تطرأ عدة الشبهة ؛ لأنه تقدم أنها إذا قارنت العقد . . تقطعه ، فهـٰذه غير تلك ، وإذا كان كذلك فكيف يكون كلامه هـٰذا يفهم ما قاله صاحب « الرقم » .

وقد قال ابن النقيب في « نكته » : إن إطلاق « المنهاج » الآتي يوافقه ، ثم قال في كلامه على المسألة : إن مراده ـ والله أعلم ـ : ما إذا طرأت عدة الشبهة وإن أمكن أن يؤخذ من إطلاقه موافقة صاحب « الرقم » كما قدمناه ، وهو موافق للسبكي ؛ فإنه قال : وعبارة « المحرر » و« المنهاج » كلتاهما يمكن أن يندرج فيها ما إذا كانت الشبهة مقارنة للعقد مستمرة عند الإسلام ، لـٰكنا قدمنا : أن الأكثرين أطلقوا عدم التقدير ، وأنه الأصح في هـٰذه الصورة والأصح هنا التقدير فهي غير تلك ، وإنما المراد بها : إذا قارنت الإسلام فقط ، وتصوير الرافعي في « الشرح » يقتضيه) .

(٢) في (ز) و(م) : (والصحيح) .

لاَ نِكَاحُ مَحْرَمٍ . وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَهُوَ مُحْرِمٌ . . أُقِرَّ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

وقيل : يندفع النكاح في هـٰذه أيضاً كما لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة ، ونسب هـٰذا إلى القفال[١] .

قال : (**لا نكاح محرم**) سواء كان من نسب أو رضاع أو مصاهرة ؛ فإنه لا يقر عليه بالإجماع ، وإطلاق المصنف يقتضي أنا نقرهم إذا اقتضىٰ شرعنا تقريرهم وإن اعتقدوه فاسداً ، وهـٰذا هو الصحيح ولا مبالاة باعتقادهم الفساد ؛ لأنه لا حكم له ، وإنما الرخصة في نكاح اعتقدوا صحته والإسلام لا يجيزه للمسلمين ، فنقرهم عليه رفقاً بهم وترغيباً لهم في الإسلام[٢] .

قال : (**ولو أسلم ثم أحرم ثم أسلمت وهو محرم . . أقر على المذهب**) ؛ لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في أنكحة المسلمين ، ولأن الإمساك استدامة للنكاح فجاز مع الإحرام كالرجعة .

والقول الثاني : المنع ؛ إلحاقاً للدوام بالابتداء .

وأشهر الطريقين : أن المسألة علىٰ قولين .

والطريقة الثانية : القطع بالمنع ، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر لا يجوز إمساكها ، فحينئذ يعترض على المصنف بتعبيره بـ(المذهب) ؛ لاقتضائه ترجيح طريقة القطع[٣] ، والشيخان لم ينقلاها فضلاً عن ترجيحها ، إنما حكاها الإمام عن صاحب « التقريب » والصيدلاني ، لـٰكن تعبيره بـ(ثم) أحسن من تعبير الرافعي

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (فائدة : لم يتعرض الشارح لمقارنة العدة لإسلام أحدهما فقط ، وصحح في « الروضة » الاكتفاء بمقارنة المفسد إسلام أحدهما ، ونقله عن الصيدلاني والإمام والغزالي والبغوي ، ونقل عن القاضي حسين : أن المؤثر اقترانه بإسلامهما ؛ لأنه وقت الإمساك ، والاختيار : هو حال اجتماعهما مسلمين) .

(٢) كذا في (د) بزيادة : (والتردد فيما يعتقدون فساده عن الشيخ أبي محمد ، فإن اعترفوا بفساده وهو صحيح عندنا . . اتجه تقريرهم عليه ، وإن اعترفوا بفساده وهو فاسد عندنا . . لم نقرهم عليه) .

(٣) في هامش (د) : (لا اعتراض عليه ؛ لأنه لم يلتزم كون الأصح : طريقة القطع في التعبير بـ« المذهب ») .

وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا . . تَعَيَّنَتِ ٱلْحُرَّةُ ، وَٱنْدَفَعَتِ ٱلأَمَةُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَنِكَاحُ ٱلْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

بـ(الواو) ؛ للتصريح ببطلان إحرامه قبل إسلامه .

وأشار بقوله : (ثم أسلمت) إلىٰ موضع الخلاف وهو ترتيبهما ، فلو أسلما معاً ثم أحرم . . أقر بلا خلاف ، ولو قارن إحرامه إسلامها هل يقر جزماً أو على الخلاف؟ قال الشيخ : لم أر فيه نقلاً ، والأقرب الثاني .

قال : (**ولو نكح حرة وأمة وأسلموا**) أي : الزوج والحرة والأمة (. . **تعينت الحرة ، واندفعت الأمة على المذهب**) سواء نكحهما معاً أو مرتباً ؛ لأنها لا تجتمع معها في النكاح إعطاء للدوام حكم الابتداء ، وهو مخالف لما تقدم من جواز الإمساك في العدة والإحرام الطارئين ؛ لأن نكاح الأمة بدل يعدل إليه عند تعذر الحرة ، والأبدال أضيق حكماً من الأصول ، فلذلك غلبنا شائبة الابتداء .

ويقابل المذهب قولان بناء علىٰ أنه ابتداء أو استدامة ، فتلخص أنه متىٰ أسلم وتحته أمة أو أسلمت معه أو جمعهما الإسلام في العدة ، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة . . أمسكها ، وإلا . . اندفعت .

قال : (**ونكاح الكفار صحيح على الصحيح**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ﴾ ، وقوله وتعالىٰ : ﴿ وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ ﴾ .

وفي « الصحيحين » [خ ٣٦٣٥ـ م ١٦٩٩] وغيرهما : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين الزانيين) والإحصان لا يحصل بالنكاح الفاسد ، ولأنهم لو ترافعوا إلينا . . لم نبطله قطعاً ، ولم نفرق بينهم .

وتعبير المصنف بـ(الصحة) معترض ؛ فإن الصحة حكم شرعي ولم يرد به الشرع ، وعبارة « الروضة » و« أصلها » : محكوم له بالصحة .

قال الشيخ : والتحقيق أن يقال : إن وقعت علىٰ وفق الشرع . . فصحيحة قطعاً[(١)] ، وإلا . . فمحكوم بصحتها رخصة إن اتصلت بالإسلام[(٢)] .

---

(١) في هامش (ز) : (مع علمه بتصريح بعض الأصحاب بالخلاف فيه) .

(٢) في هامش (ز) : (وفي المسألة طريقة أخرىٰ بجعلها علىٰ أقوال : إن وجدت الشرائط وانتفت=

وَقِيلَ : فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ . . تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ ، وإِلاَّ . . فَلاَ . فَعَلَى ٱلصَّحِيحِ : لَوْ طَلَّقَ ثَلاَثاً ثُمَّ أَسْلَمَ . . لَمْ تَحِلَّ إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ . . . .

قال : (**وقيل : فاسد**) ؛ لعدم اعتنائهم بالشروط ، لـٰكن نقررهم بعد الإسلام رخصة خشية التنفير[1] .

قال : (**وقيل : إن أسلم وقرر . . تبينا صحته ، وإلا . . فلا**) وهـٰذا يسمىٰ : قول الوقف ، وعزي لابن الحداد والقفال والإمام ؛ إذ لا يمكن القول بالصحة لمخالفتها للشرع ، ولا بالفساد لأنهم يقرون عليها بعد الإسلام ، فالوجه التوقف ، فجملة ما في المسألة ثلاثة أوجه سماها الغزالي أقوالاً .

ثم الخلاف مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الإسلام ، لا في كل عقودهم على الصواب في « الروضة » ، فلو عقدوا عقداً علىٰ وفق الشرع . . صح بلا خلاف[2] .

قال : (**فعلى الصحيح : لو طلق ثلاثاً ثم أسلما . . لم تحل إلا بمحلل**) ؛ لظهور أثر الصحة ، وإن قلنا بفسادها . . فالطلاق في النكاح الفاسد لا يحتاج إلىٰ محلل ، ثم لا فرق في هـٰذا الحكم بين أن يعتقدوا وقوع الطلاق أم لا كما تعتقد النصارىٰ ، فلو طلقها في الشرك ثلاثاً ثم تزوجها فيه بلا محلل ثم أسلما . . رد نكاحهما على النص .

ولو نكحت المطلقة في الشرك زوجاً آخر ثم أسلمت . . حلت به للأول ، ولو طلق

= الموانع . . فصحيحة ، وعكسه فاسد ، وإن فقدا . . لم نقل بالصحة ، ولـٰكن نقرهم عليها ، صححها الروياني ، وحكاها الماوردي عن الجمهور ، وغلط من جعلها أقوالاً) .

(١) في هامش (ز) : (وقال الأصحاب تفريعاً علىٰ قول الفساد : لا نفرق بينهم لو ترافعوا إلينا ، ونقرهم بعد الإسلام رخصة وخشية من التنفير .

قال السبكي : هـٰذا إذا ترافعوا في شيء من لوازم النكاح ، أما إذا ترافعوا إلينا في صحته وفساده ورضوا بحكمنا . . حكمنا بمقتضىٰ شرعنا ، وفرقنا بينهم إن اقتضاه الشرع كالمجوس في المحارم ، ونأمر من تحته أكثر من أربع نسوة باختيار أربع ، أو أختان باختيار إحداهما .

قال : ولو لم يسلموا ولا ترافعوا لـٰكن تجاهروا به . . ففي فسخه وجهان وإن لم يتجاهروا . . لم نتعرض لهم) .

(٢) في هامش (ز) : (وصرح الماوردي والروياني بوجود الخلاف مع وجود شروط الصحة) .

وَمَنْ قُرِّرَتْ . . فَلَهَا ٱلْمُسَمَّى ٱلصَّحِيحُ ، وَأَمَّا ٱلْفَاسِدُ كَخَمْرٍ ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ ٱلإِسْلاَمِ . . فَلاَ شَيْءَ لَهَا ، وَإِلاَّ . . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، . . . .

في الشرك طلقة أو طلقتين ثم أسلما . . حسب ذلك عليه .

قال : (**ومن قررت . . فلها المسمى الصحيح**) هٰذا كلام مستأنف لا تعلق له بالتفريع السابق ، ووجهه : أنه إذا حكم على النكاح بالصحة . . ثبت المسمىٰ ، وهٰذا على القول الصحيح ، أما علىٰ قول الفساد . . فيحتمل أن يقال بمثل ذلك ، ويحتمل وجوب مهر المثل ، ويحتمل أن لا يجب شيء .

قال : (**وأما الفاسد كخمر ، فإن قبضته قبل الإسلام . . فلا شيء لها**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الإسلام يجب ما قبله »[1] سواء كانت معينة أم في الذمة ؛ لانفصال الأمر بينهما وانتهاء النكاح إلى انقطاع الطلبة ، سواء قبضته برضاها أم بإجبار قاضيهم .

وظاهر إطلاق المصنف : جريانه في كل فاسد ، وليس كذلك ، فلو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ثم أسلما قبل قبضه أو بعده . . لا يقر بيدها ، ولها مهر المثل .

قال الرافعي : وقياس ما سبق أن يخرج من يدها ولا ترجع بشيء كما تراق الخمر المقبوضة ، لٰكن فرق صاحب « الكافي » بأن الفساد في الخمر لحق الله تعالىٰ ، وهنا لحق المسلم فلا يجوز العفو عنه ، وأيضاً فإنا نقرهم في حال الكفر على الخمر دون الأسير .

وألحق الشافعي رضي الله عنه في « الأم » بالأسير مكاتب المسلم وأم ولده وعبده ، وبه جزم ابن يونس في « شرح التعجيز » ، قال : لأن المبطل قائم ، وهو يدفع إيهام الرافعي حيث اقتصر على الحر .

قال : (**وإلا . . فمهر مثل**) ؛ لأنها لم تقبضه ، ولم ترض إلا بالمهر ، والمطالبة بالخمر في الإسلام ممتنعة ، فترجع إلىٰ مهر المثل ، ويجعل كما لو نكح علىٰ خمر .

وفي قول : لا شيء لها ؛ لأنها رضيت بالخمر فلا تطالب بشيء .

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٩٨) ، والبيهقي (٩/ ١٢٣) ، وغيرهم .

وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ . . فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ . . . .

قال : (**وإن قبضت بعضه . . فلها قسط ما بقي من مهر المثل**) ؛ لأن الفاسد لا يجوز تسليمه ، وليس كما لو كاتب الذمي عبده علىٰ عوض فاسد وقبض بعضه ثم أسلما ؛ حيث يسلم المكاتب ما بقي من الفاسد ؛ ليحصل العتق بالصفة ، ثم يلزمه تمام قيمته ، ولا يحط منها قسط المقبوض في الكفر ؛ لأن العتق يتعلق بأداء آخر النجوم وقد وقع في الإسلام ، فكان بمثابة ما لو كاتب المسلم علىٰ عوض فاسد . . يحصل العتق بوجود الصفة ، ويجب على المكاتب القيمة والتقسيط على المسمىٰ إذا كان جنساً واحداً غير متعدد كزق خمر ظاهر .

فإن تعدد ـ كما لو أصدقها زقي خمر وقبضت أحدهما ـ فقيل : يعتبر العدد ، وقيل : الوزن ، وقيل : القدر وزناً ، وقيل : كيلاً وهو الصحيح الأقيس[1] ، أو خنزيرين . . فقيل : يعتبر العدد ، والأصح : القيمة بتقدير المالية .

وإن سميا جنسين فأكثر كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير وقبضت جنساً . . فقيل : ينظر إلى الأجناس ، فكل جنس ثلث ، وقيل : إلى الأعداد فكل واحد سبع ، والأصح : إلى القيمة ، وقيل : يقدر الخمر خلاً والكلب شاة والخنزير بقرة ، وقيل : شاة ، والأصح : تقدير المالية عند من يراها .

فرع :

نكحها تفويضاً ، واعتقادهم أن لا مهر بحال ، ثم أسلما ولو قبل المسيس . . فلا مهر ؛ لسبق استحقاق وطء بلا مهر ، كذا قاله الشيخان هنا ، وذكرا في (الصداق) فرعاً قبل (فصل : في بيان مهر المثل) ظاهره يخالف هـٰذا[2] .

---

(١) في هامش (د) : (قال السبكي : وأقيسهما : يعتبر العدد ، وعلىٰ هـٰذا : يعتبر الكيل ، وقيل : الوزن ، والشارح تبع في قوله : « الصحيح الأقيس » ابنَ النقيب) .

(٢) في هامش (ز) : (نقله الرافعي عن « التنبيه » ، وجزم به في « الروضة ») .

وفي هامشها : (وصوابه : لو نكح ذمي ذمية علىٰ أن لا مهر لها وترافعا إلينا . . حكمنا بحكمنا في المسلمين ، فإذا أوجبنا فيما إذا لم يسلما مع اعتقادهما عدمه . . فكيف لانوجب إذا أسلما مع أنهما صارا يعتقدان وجوبه لو أنشآه الآن؟! قاله في « المهمات » . =

وَمَنِ ٱنْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ . . فَلَهَا ٱلْمُسَمَّى ٱلصَّحِيحُ إِنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ ، وَإِلَّا . . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، أَوْ قَبْلَهُ وَصُحِّحَ ، فَإِنْ كَانَ ٱلِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا . . فَلَا شَيْءَ لَهَا ، أَوْ بِإِسْلَامِهِ . . فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحاً ، وَإِلَّا . . فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ . وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ . . وَجَبَ ٱلْحُكْمُ ، . . . .

قال : (**ومن اندفعت بإسلام بعد دخول . . فلها المسمى الصحيح إن صحح نكاحهم**) ؛ لاستقراره بالدخول كما لو طلقها .

قال : (**وإلا . . فمهر مثل**) ، لأجل الدخول .

قال : (**أو قبله**) أي : قبل الدخول (**وصحح ، فإن كان الاندفاع بإسلامها . . فلا شيء لها**) ؛ لأن الفراق جاء من جهتها .

والثاني : لها مهر المثل ؛ لأنها محسنة بالإسلام وكان من حقه أن يوافقها ، فإذا امتنع . . نسب الفراق إلىٰ تخلفه .

قال : (**أو بإسلامه . . فنصف مسمىً إن كان صحيحاً ، وإلا . . فنصف مهر مثل**) كالطلاق قبل الدخول ، فإن لم يكن مسمىً . . وجبت المتعة ، أما إذا لم نصحح أنكحتهم . . فلا مهر لها ؛ لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد بلا دخول .

قال : (**ولو ترافع إلينا ذمي ومسلم**) أي : في نكاح وغيره (**. . وجب الحكم**) بلا خلاف ، سواء كان المسلم طالباً أو مطلوباً ؛ لأنه لا يمكن رد المسلم إلىٰ حاكم أهل الذمة ، ولا يمكن تركهما متنازعين ، والإسلام يعلو ولا يعلىٰ عليه ، وكذا حكم المعاهد والمسلم .

= قال البلقيني : يحتمل أن هـٰذا فيما إذا لم يعتقدوا أن لا مهر لها بحال ، بخلاف ماسبق .
قلت : يرد هـٰذا أن الرافعي قال بعد الحكاية عن « التتمة » : وقال أبو حنيفة : إن اعتقدوا أن النكاح إنما يخلو عن المهر . . فكذلك إن جوزوا خلوه عن المهر فلا مهر لها . اهـ
وهـٰذا يقتضي : أنه لافرق في المحكي عن « التتمة » بين الحالتين ، والأحسن عندي : الجمع بين الكلامين بأن المذكور في الذميين كما صرح به في التصوير ، والمذكور هناك ؛ أي : في مسألة ما إذا أسلما في الحربيين ، والمعنىٰ يساعده ؛ لالتزام الذمي أحكام الإسلام ، بخلاف الحربي ، والله أعلم) .

أَوْ ذِمِّيَّانِ. . وَجَبَ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، وَنُقِرُّهُمْ عَلَىٰ مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا ، ونُبْطِلُ مَا لاَ نُقِرُّ . . . .

قال : (**أو ذميان. . وجب في الأظهر**) وبه قال أبو حنيفة والمزني وجمهور الأصحاب ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ ، ولأنه يجب الذب عنهم كالمسلمين ، فوجب الحكم بينهم .

والثاني ـ وبه قال مالك ، ونسب إلى القديم ـ : لا يجب ، لـٰكن لا نتركهم على النزاع ، بل نحكم أو نردهم إلىٰ حاكم ملتهم ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ، وقال ابن عباس : إنها منسوخة بالآية الأولىٰ .

وقيل : يجب الحكم في حقوق الله تعالىٰ ، والقولان في غيرها ؛ لئلا تضيع ، وقيل : عكسه ، والأصح : طردهما في الجميع .

وإن كانا مختلفي الملة كيهودي ونصراني. . وجب الحكم على المذهب ؛ لأن كلاً لا يرضىٰ بملة صاحبه ، وقيل بالقولين .

ولو ترافع معاهدان. . لم يجب الحكم قطعاً وإن اختلفت ملتهما ؛ لأنهم لم يلتزموا حكمنا ، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض .

وقيل : هما كالذميين .

وقيل : إن اختلفت ملتهما. . وجب ، والمذهب الأول .

ولو ترافع ذمي ومعاهد. . فكالذميين ، وقيل : يجب قطعاً ، وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد. . وجب قطعاً ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاقهم ما إذا ترافعوا إلينا في شرب الخمر. . فإنهم لا يحدون وإن رضوا بحكمنا ؛ لأنهم لا يعتقدون تحريمه ، كذا قاله الرافعي في (باب حد الزنا) ، وأسقطه من « الروضة » ، وقال الإمام : إنه ظاهر المذهب ، وخرج فيه قول لا يعتد به .

قال : (**ونقرهم علىٰ ما نقر لو أسلموا ، ونبطل ما لا نقر**) هـٰذا ضابط تقدمت أكثر صوره ، فيقر على امرأة نكحها بلا ولي ولا شهود ، وفي عدة قد انقضت عند الترافع لا علىٰ ذات عدة باقية ، ولا يحكم لها بنفقة .

ولو تبايعوا بيوعاً فاسدة وتقابضوا ثم تحاكموا إلينا. . لم ننقض ما فعلوا ، وإن لم

فَصْلٌ :

أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي ٱلْعِدَّةِ أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ . . لَزِمَهُ ٱخْتِيَارُ أَرْبَعٍ ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ . . . .

يتقابضوا . . نقض عليهم ، وإن تحاكموا إلىٰ حاكم لهم فألزمهم التقابض ثم ترافعوا إلىٰ حاكمنا . . أمضىٰ ذلك على الصحيح .

تتمة :

قال المتولي : لو لم يترافع المجوس إلينا ولـٰكن علمنا فيهم من نكح محرماً . . فالصحيح ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : أنه لا يتعرض لهم ؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم وما تعرضوا لهم .

وحكى الزبيري قولاً : إن الإمام إذا عرف ذلك . . فرق بينهما ، كما لو عرف أن المجوسي ينكح مسلمة أو مرتدة .

قال : (**فصل :**

أسلم وتحته أكثر من أربع وأسلمن معه أو في العدة أو كن كتابيات . . لزمه اختيار أربع) فقط (**ويندفع من زاد**) ؛ لأن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن » رواه الترمذي ، وصححه الحاكم وابن حبان .

زاد ابن ماجه : (فلما كان زمن عمر . . طلق نساءه وقسم ماله ، فقال له عمر : لترجعن في مالك وفي نسائك أو لأرجمن قبرك كما رجم قبر أبي رغال) .

ووقع في « الوسيط » و« النهاية » : أنه ابن غيلان ، والصواب : أنه غيلان بن سلمة ، وفي « مختصر ابن الحاجب » : ابن عيلان بالعين المهملة ، وهو أكثر وهماً .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٢٣٤] : أن قيس بن الحارث أسلم وعنده ثمان نسوة ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً منهن بنت أبي سفيان .

وروى الشافعي والبيهقي [٧/١٨٣] عن نوفل بن معاوية أنه قال : أسلمت وتحتي

. . . .

خمس نسوة ، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « فارق واحدة وأمسك أربعاً » فعمدت إلىٰ أقدمهن عندي عاقر منذ ستين سنة ففارقتها ، وعاش نوفل بن معاوية مئة وعشرين سنة ، ستين في الجاهلية وستين في الإسلام كحكيم بن حزام وحسان بن ثابت .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٢٣٧] و« ابن ماجه » [١٩٥١] عن فيروز الديلمي أنه قال : أسلمت وتحتي أختان ، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم : « اختر أيتهما شئت » .

وسواء عقد عليهن معاً أو مرتباً اختار الأوائل أو الأواخر ، ووجهه كما قاله الشافعي رضي الله عنه : أن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقال ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم لم يستفصل في ذلك ، ولولا أن الحكم يعم الحالين . . لما أطلق ، وحمل الخصوم له على الأوائل بعيد ، وحملهم الإمساك علىٰ تجديد العقد أبعد ؛ لمخالفته ظاهر اللفظ ؛ فإن الإمساك صريح في الاستقرار ، ولأنه لو كان كذلك . . لم يجعل الاختيار إليه بل إليهن ؛ لافتقار النكاح لرضاهن .

هٰذا كله في الحر ، أما العبد . . فيختار اثنتين ، هٰذا حكم الرجل ، وأما المرأة إذا نكحت زوجين في الكفر ثم أسلموا . . فيأتي في خاتمة الباب .

فائدة :

قال ابن الجوزي : أسلم ستة من ثقيف كل علىٰ عشر نسوة ، مسعود بن معتب الثقفي ، ومسعود بن عمرو بن عمير ، وعروة بن مسعود ، وسفيان بن عبد الله ، وغيلان بن سلمة ، وأبو عقيل مسعود بن عامر ، وأشرت إلىٰ ذلك في « المنظومة » بقولي [من الرجز] :

غـــريبـــة أودعهـــا أبـــو الفـــرج ... كتـــاب تلقيـــح فهـــوم مـــن درج
أسلـــم مـــن ثقيـــف ستـــة نســـق ... كـــل علـــىٰ عشـــر نســـاء اتســـق
وهـــم كمـــا قـــد قـــال مسعـــودان ... لعمـــرو مـــع معتـــب فـــرعـــان
أبـــو عقيـــل عـــروة سفيـــان ... وبعـــدهـــم أشهـــرهـــم غيـــلان

فَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ ٱلدُّخُولِ أَوْ فِي ٱلْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ. . تعَيَّنَّ . وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ ، أَوْ أَسْلَمَتَا ، فَإِنْ دَخَلَ بِهِمَا. . حَرُمَتَا أَبَداً ، أَوْ لاَ بِوَاحِدَةٍ. . تَعَيَّنَتِ ٱلْبِنْتُ ـ وَفِي قَوْلٍ : يَتَخَيَّرُ ـ . . . .

معجـم غيـن وبعيـن لا تسـم ولا تقـل هـو ابـن غيـلان تهـم
ووقـع الأمـران لابـن الحـاجـب بخطـه وكشـط كـل واجـب

قال : (**فإن أسلم معه قبل الدخول أو في العدة أربع فقط. . تعين**) فيقرر نكاحهن ويندفع نكاح المتخلفات ؛ لتأخر إسلامهن عن إسلامه قبل الدخول وعن العدة .

وابتداء عدة المفارقات تحسب من وقت اختلاف الدين على الأصح ، وقيل : من الاختيار .

ولو أسلم أربع ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، ثم أسلمت الأخريات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج. . اختار أربعاً من الأوليات والأخريات كيف شاء ، فإن ماتت الأوليات أو بعضهن. . جاز له اختيار الميتات منهن .

ولو قبل الكافر لابنه الصغير أكثر من أربع نسوة ثم أسلم وأسلمن معه. . اندفع نكاح الزائدات علىٰ أربع ، لـٰكن الصبي ليس من أهل الاختيار ، والولي لا يقوم مقامه فيه ، فإن سبيله التشهي ، فيوقف إلىٰ أن يبلغ ، وتكون نفقتهن في ماله ؛ لأنهن محبوسات لأجله ، وكذا لو أسلم الرجل وجن قبل أن يختار .

قال : (**وإن أسلم وتحته أم وبنتها كتابيتان ، أو أسلمتا ، فإن دخل بهما. . حرمتا أبداً**) البنت بالدخول والأم بالعقد على البنت إن صححنا أنكحتهم ، وإلا. . فبالدخول بها ، ولكل منهما المسمى الصحيح إن صححنا أنكحتهم ، وإلا. . فمهر المثل .

قال : (**أو لا بواحدة. . تعينت البنت**) ويندفع نكاح الأم ؛ لأن نكاح البنت يدفع نكاح الأم ولا عكس .

قال : (**وفي قول : يتخير**) كما لو أسلم وتحته أختان ، فإن اختار البنت. . استقرت وحرمت الأم مؤبداً ، وإن اختار الأم. . لم يتأبد تحريم البنت حتىٰ يدخل بالأم ، فإن فارقها قبل الدخول. . فله نكاح البنت ، والخلاف مبني علىٰ صحة

أَوْ بِٱلْبِنْتِ . . تَعَيَّنَتْ ، أَوْ بِٱلأُمِّ . . حَرُمَتَا أَبَداً ، وَفِي قَوْلٍ : تَبْقَى ٱلأُمُّ . أَوْ تَحْتَهُ أَمَةٌ وَأَسْلَمَتْ مَعَهُ أَوْ فِي ٱلْعِدَّةِ . . أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ ٱلأَمَةُ ، فَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ . . تَنَجَّزَتِ ٱلْفُرْقَةُ . . . .

أنكحتهم وفسادها ، إن صححنا . . تعينت البنت ، وإلا . . تخير ، ومن الأصحاب من بناه علىٰ أن الاختيار ابتداء أو استدامة .

وإنما صوروا المسألة في الكتابيتين ؛ لأن فيما عداهم يرتفع النكاح باختلاف الدين ؛ لوقوعه قبل المسيس .

قال : (**أو بالبنت . . تعينت**) ؛ لأنه لم يدخل بأمها ، والعقد عليها لا يحرم البنت ، ويحرم نكاح الأم على التأبيد ؛ لأنها حرمت بالدخول بالبنت ، والعقد عليها أيضاً إن قلنا بصحة أنكحتهم ، ولا مهر لها عند ابن الحداد ، ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهم .

قال : (**أو بالأم . . حرمتا أبداً**) البنت بالدخول بالأم والأم بالعقد على البنت ، هـٰذا على القول بالصحة ، وللأم مهر المثل بالدخول ، قاله البغوي ، قال في « المطلب » : ويشبه أن يكون بناه علىٰ قول الوقف ، أما إذا قلنا بالصحة . . فيظهر أن يكون لها المسمىٰ إن كان صحيحاً ؛ لحدوث البطلان بعد استقراره بالدخول .

قال : (**وفي قول : تبقى الأم**) فله إمساكها ؛ إذ لا مفسد لها بخلاف البنت للدخول بالأم ، وهـٰذا تفريع علىٰ قولي الوقف والفساد .

قال : (**أو تحته أمة وأسلمت معه أو في العدة . . أقر إن حلت له الأمة**) كأن كان عبداً أو حراً معسراً خاشياً للعنت ؛ لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها فيقر عليها ، ولا يقر إن لم تحل له الأمة .

قال : (**فإن تخلفت قبل دخول . . تنجزت الفرقة**) كتابية كانت أو غيرها ؛ لأنها تبين بالتخلف كالحرة إذا تخلفت ؛ إذ نكاح الأمة الكتابية غير جائز للمسلم ، أما إذا عتقت في العدة . . فإنه يستمر .

قال الماوردي : ولو أسلم من تحل له الأمة علىٰ أمة فطلقها طلاقاً رجعياً ثم أيسر قبل انقضاء عدتها . . فله أن يراجعها بالاتفاق ؛ لأن الرجعية زوجة .

أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي ٱلْعِدَّةِ . . ٱخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ ٱجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ ، وَإِلَّا . . ٱنْدَفَعْنَ . أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي ٱلْعِدَّةِ . . تَعَيَّنَتْ وَٱنْدَفَعْنَ ، وَإِنْ أَصَرَّتْ فَٱنْقَضَتْ عِدَّتُهَا . . ٱخْتَارَ أَمَةً ، وَلَوْ أَسْلَمتْ وَعَتَقْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي ٱلْعِدَّةِ . . فَكَحَرَائِرَ ؛ فَيَخْتَارُ أَرْبَعاً . . . .

قال : (**أو إماء وأسلمن معه أو في العدة . . اختار أمة إن حلت له عند اجتماع إسلامه وإسلامهن**) أشار إلىٰ مسألتين :

إحداهما : إذا أسلم ومعه إماء . . فلا يختار إلا واحدة بلا خلاف إن كان حراً ، فإن كان عبداً . . فله أن يختار اثنتين ؛ لأن له أن يبتدىء نكاحهما .

الثانية : أن يسبق إسلامه إسلامهن أو بالعكس ، والحال أنهما بعد الدخول ، ثم يجتمعا في حال العدة ، والحكم كما تقدم في الأمة الواحدة .

ولو أسلم وتحته ثلاث فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف . . فيندفع نكاح الثانية ؛ لفقدان الشرط عند اجتماع إسلامها وإسلامه ، ويتخير بين الأولىٰ والثالثة .

قال : (**وإلا . . اندفعن**) يعني : إذا لم يسلمن . . فإنه لا يختار منهن شيئاً ؛ إذ نكاح الأمة الكتابية ممتنع .

قال : (**أو حرة وإماء وأسلمن معه أو في العدة . . تعينت واندفعن**) ؛ لفوات شرط التقرير ، سواء أسلم الإماء قبلها أو بعدها ، أو بين إسلام الزوج والحرة ؛ لأن القدرة على الحرة يمنع اختيار الأمة .

قال : (**وإن أصرت وانقضت عدتها . . اختار أمة**) ؛ إذ ظهر أنها بانت باختلاف الدين ، فصار كما لو لم يكن في نكاحه حرة .

قال : (**ولو أسلمت وعتقن ثم أسلمن في العدة . . فكحرائر ؛ فيختار أربعاً**) ؛ لأنهن التحقن بالحرائر الأصليات في العدة[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (لايختص بهـٰذا التصوير ، وضابطه : أن يطرأ العتق قبل اجتماع إسلامهن=

وَٱلِاخْتِيَارُ : ٱخْتَرْتُكِ ، أَوْ قَرَّرْتُ نِكاحَكِ ، أَوْ أَمْسَكْتُكِ ، أَوْ ثَبَّتُّكِ . وَٱلطَّلَاقُ ٱخْتِيَارٌ ، . . . .

قال : (**والاختيار : اخترتك ، أو قررت نكاحك ، أو أمسكتك ، أو ثبتك**)[1] ؛ لمجيء لفظ الاختيار والإمساك في الحديث ، والباقي في معناه ، وكذلك : قررت عقدك أو أمسكت نكاحك أو حبستك على النكاح .

ولو قال لأربع : أريدكن ، ولأربع : لا أريدكن . . قال المتولي : يحصل التعيين بذلك ، قال الرافعي : وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله : أريدكن .

وسكت المصنف عن ألفاظ الفسخ ، قال الماوردي : ويصح بالصريح كفسخت نكاحها أو رفعته أو أزلته ، وبالكناية كصرفتها أو أبعدتها ، قال : والفسخ يجري مجرى الطلاق ، فلهـٰذا صح بالكناية .

قال : (**والطلاق اختيار**) ؛ لتوقف وقوعه علىٰ ثبوت النكاح ، هـٰذا في الطلاق المنجز ، أما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . . ففي وجه : لا يجوز ؛ لأن الطلاق اختيار للنكاح ، وتعليق الاختيار ممتنع .

والأصح : الجواز ؛ تغليباً للطلاق ، والاختيار يحصل ضمناً .

وإذا كان تحته ثمان وطلق أربعاً . . انقطع نكاحهن بالطلاق ، واندفع نكاح الباقيات بالشرع .

ولو قال لواحدة : فسخت نكاحك ، فإن أراد به الطلاق . . فهو اختيار للنكاح ، وإن أراد به الفراق بلا طلاق أو أطلق . . فهو اختيار للفراق .

= وإسلام الزوج ، فيشمل هـٰذه الصورة ، وما إذا أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، وما إذا أعتقن ثم أسلمن ثم أسلم ، وما إذا أعتقن ثم أسلم ثم أسلمن ، فلو تأخر عتقهن عن الإسلامين بأن أسلم ثم أسلمن ، أو عكسه ثم عتقن . . استمر حكم الإماء عليهن ، فتتعين الحرة إن كانت ، وإلا . . اختار واحدة من الإماء فقط بشرطه) .

(1) في هامش (ز) : (قال الرافعي بعد ذكر هـٰذه الألفاظ وغيرها : وكلام الأئمة يقتضي أن الكل صريح ، لـٰكن الأقرب أن « اخترتك » أو « أمسكتك » من غير تعرض للنكاح كناية . اهـ
فعلىٰ مارجحه الرافعي قد خلط « المنهاج » ألفاظ الصريح بالكناية) .

لاَ ٱلظِّهَارُ وَٱلإِيلاَءُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُ ٱخْتِيَارٍ وَلاَ فَسْخٍ . وَلَوْ حَصَرَ ٱلِاخْتِيَارَ فِي خَمْسٍ . . ٱنْدَفَعَ مَنْ زَادَ ، . . . .

قال : (**لا الظهار والإيلاء في الأصح**) ؛ لأن الظهار وصف بالتحريم ، والإيلاء حلف على امتناع من الوطء ، وكل منهما بالأجنبية أليق منه بالزوجة .

والثاني : أنهما تعيين للنكاح ؛ لأنهما تصرفان مخصوصان بالنكاح فأشبها الطلاق .

قال : (**ولا يصح تعليق اختيار ولا فسخ**)[1] ؛ لأن الاختيار عبارة عن ميل القلب وشهوته ، وذلك لا يقبل التعليق ؛ لأنه قد يوجد وقد لا يوجد ، وقد يدوم وقد لا يدوم ، ولهـٰذا لما كان شرط البيع الرضا . . لم يصح تعليقه ، وبطل بيع الحصاة والمنابذة والملامسة .

وحكىٰ أبو الفرج السرخسي وجهاً : أن تعليق الاختيار والفسخ يجوز تشبيهاً بالطلاق ؛ فإن كل واحد منهما سبب الفراق ، والصحيح الأول[2] .

فرع :

الصحيح : أن الوطء لا يكون اختياراً ؛ لأن الاختيار في هـٰذا الباب إما ابتداء نكاح أو استدامة ، وكلاهما لا يصح إلا بالقول كالرجعة ، فإذا وطىء وجعلناه اختياراً . . كان مختاراً للأوليات ، وعليه المهر للبواقي ، وإن لم نجعله اختياراً . . اختار أربعاً ، ويغرم المهر للباقيات .

قال : (**ولو حصر الاختيار في خمس . . اندفع من زاد**) ؛ لأنه يزول به بعض الإبهام ، كما لو أبهم الطلاق بين أربع نسوة ثم قال : التي أردتها بالطلاق إحدىٰ هاتين . . فإنه تتعين به الأخريات للزوجية وإن لم يحصل به تعيين المطلقة .

---

(١) في هامش (ز) : (محله ما إذا أراد بالفسخ الحل بلا طلاق ، فإن أراد به الطلاق . . جاز تعليقه ، وهو داخل في قوله قبل ذلك : والطلاق اختيار ؛ فإنه يتناول الصريح والكناية والمنجز والمعلق) .

(٢) في (ز) : (وهو الصحيح) .

وَعَلَيْهِ ٱلتَّعْيِينُ وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّىٰ يَخْتَارَ ، فَإِنْ تَرَكَ ٱلِاخْتِيَارَ . . حُبِسَ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ . . ٱعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ ، وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ ، . .

قال : (**وعليه التعيين**) ؛ لئلا يمسك أكثر من أربع ، ولدفع الضرر عنهن ؛ فإن كلاً تعلم أنها منكوحة أو مفارقة .

قال : (**ونفقتهن حتىٰ يختار**) ؛ لأنهن في حبسه .

قال : (**فإن ترك الاختيار . . حبس**) ؛ لأنه حق واجب عليه امتنع منه بعد المطالبة فيحبس كغيره من الحقوق ، فإن أصر ولم يغن فيه الحبس . . عزر بما يراه الإمام من ضرب وغيره[1] .

وعن ابن أبي هريرة : لا يضم الحبس إلى الضرب ، ولـٰكن يشدد عليه الحبس ، والمنصوص خلافه .

كل هـٰذا بعد إمهاله مدة النظر وهي ثلاثة أيام فما دونها ، وإنما لم يطلق عليه كالمولىٰ ؛ لأنه خيار تشهٍّ ، ولهـٰذا لا يوكل به ، ولا يتولاه ولي ولا وارث .

قال : (**فإن مات قبله**) أي : قبل الاختيار (. . **اعتدت حامل به**) أي : بوضع حملها ؛ لعموم : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، ولأنها إن كانت زوجة . . فهي عدة وفاة ، وإن كانت مفارقة . . فهي عدة فراق .

قال : (**وذات أشهر وغير مدخول بها بأربعة أشهر وعشر**) ؛ لأن كلاً منهن إن كانت زوجة . . فعدتها ذلك ، وإن لم تكن زوجة . . فالمدخول بها عدتها ثلاثة أشهر ، وغير المدخول بها لا عدة عليها ، فبمضي أربعة أشهر وعشر يقطع بالبراءة .

---

(١) في هامش (ز) : (قال الأصحاب : ويعزر ثانياً وثالثاً ، وهـٰكذا حتىٰ يختار بشرط تخلل مدة يبرأ بها عن ألم الأول ، وهـٰذا الذي ذكره الأصحاب من وجوب الاختيار تمسكوا فيه بورود الأمر من حديث غيلان .
وقال السبكي : الذي أفهمه منه أنَّ « أَمسكْ » للإباحة و« فارقْ » للوجوب لحقهن في رفع الحبس عنهن ، ولمنع الجمع بين العشرة ؛ فإنه الحرام ، والواجب ضده ، فالسكوت مع الكف عن الكل لا محذور فيه إلا إذا طلبن إزالة الحبس . . فيجب كسائر الديون ، وإلا . . لم يجب ، فينبغي حمل كلامهم عليه) .

وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِٱلأَكْثَرِ مِنَ ٱلأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ ، وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّىٰ يَصْطَلِحْنَ . . . .

قال : (**وذات أقراء بالأكثر من الأقراء وأربعة أشهر وعشر**) ؛ لأنها إن كانت زوجة . . فعليها أربعة أشهر وعشر ، وإن لم تكن زوجة . . فعليها ثلاثة أقراء ، فأوجبنا أقصى الأجلين ؛ احتياطاً واستصحاباً للحرمة حتىٰ يتحقق المبيح .

قال : (**ويوقف نصيب زوجات حتىٰ يصطلحن**) ؛ لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات ، وقد جهلنا عينهن ، فوجب التوقف ، فيوقف الربع أو الثمن عائلاً أو غير عائل .

وقال ابن سريج : لا يوقف ، ويوزع عليهن ، لأن البيان غير متوقع ، وكلهن معترفات بالإشكال وعدم المزية ، ومال إليه الإمام .

وإطلاق المصنف يقتضي : أنه لا فرق بين أن يصطلحن على التساوي أو التفاضل ، وهو كذلك ؛ لأن الحق لا يعدوهن ، لـٰكن تستثنىٰ مسألتان :

إحداهما : لو كان فيهن محجور عليها . . فلا يجوز لوليها أن يصالح علىٰ أقل مما في يدها[1] ، وقيل : لا ينقص عن الربع .

والثانية : الصلح بالتفاوت علىٰ غير التركة ؛ فإنه لا يجوز كما قاله الرافعي في (باب الصلح)[2] .

تتمة :

محل ما ذكره المصنف إذا علمنا استحقاق الإرث ، فلو أسلم علىٰ ثمان كتابيات ، فأسلم معه منهن أربع . . فالأصح : أنه لا يوقف شيء ، بل تقسم التركة بين غيرهن من الورثة ؛ لأن استحقاق الزوجات غير معلوم ، ووجه مقابله : أن استحقاق غيرهن غير معلوم ، قال الرافعي : وهو قريب من القياس .

---

(١) في هامش (ز) : (أي : فلا يجوز مع التفاوت ، والأصح : أن له النقص في الصلح عن ربع الموقوف ، لـٰكن لا ينقص عن ثمنه) .

(٢) في هامش (ز) : (ولعله لعدم العلم بقدر مايخص كل واحدة) .

فَصْلٌ :

أَسْلَمَا معاً . . ٱسْتَمَرَّتِ ٱلنَّفَقَةُ . وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ حَتَّى ٱنْقَضَتِ ٱلْعِدَّةُ . . فَلاَ ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا . . لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ ٱلتَّخَلُّفِ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

قال المصنف : المختار المقيس هو الأول ؛ لأن سبب الإرث في سائر الورثة موجود ، وشككنا في المزاحم والأصل عدمه ، وإرث الزوجات لم نتحققه والأصل عدمه ، ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية فقال : إحداكما طالق ، ومات قبل البيان[1] .

قال : (**فصل** :

أسلما معاً . . استمرت النفقة) ؛ لدوام النكاح والتمكين ، ومراده استمرار الأمر علىٰ ما كان عليه ، فإذا كانت النفقة واجبة . . استمرت .

قال : (**ولو أسلم وأصرت حتى انقضت العدة . . فلا**) ؛ لأنها ناشز بالتخلف ممتنعة من التمكين فلا نفقة لها علىٰ كل تقدير[2] ، هـٰذا في الوثنية كما قاله في « المحرر » ، وأما الكتابية . . فلها النفقة قطعاً .

قال : (**وإن أسلمت فيها . . لم تستحق لمدة التخلف في الجديد**) ؛ لإساءتها بالتخلف والامتناع عما هو فرض عليها .

والقديم : تستحقها ؛ لأنها ما أحدثت شيئاً ، والزوج هو الذي أسلم ، وتبينا بالآخرة أنها كانت زوجة ، كذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفصلوا بين أن يكون التخلف لعذر أم لا .

وينبغي إذا تخلفت لصغر أو جنون أو إغماء ثم أسلمت عقب زوال المانع . . أن تستحق ، وتعليلهم يرشد إليه .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (أي : أو التعيين ، وفرعنا علىٰ أن وارثه لا يقوم مقامه في البيان والتعيين ، وإلا . . فيرجع إلى الوارث) .

(٢) في هامش (ز) : (وعن ابن خيران : الوجوب ؛ لأن المنع من جهته ، ونقض بما لو سافر فأقامت) .

وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلاً فَأَسْلَمَ فِي ٱلْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ . فَلَهَا نَفَقَةُ ٱلْعِدَّةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَإِذَا ٱرْتَدَّتْ . . فَلاَ نَفَقَةَ . . . .

وإذا قلنا بالجديد فاختلفا فقال : أسلمت اليوم ، فقالت : من عشرة أيام . . فالقول قوله ؛ لأن الأصل استمرار كفرها وبراءة ذمته عن النفقة .

ولو[1] اختلفا في سبق الإسلام فقال الزوج : أسلمت أولاً فلا نفقة لك ، وقالت : بل أسلمت أولاً . . فوجهان :

أصحهما : أنها المصدقة ؛ لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً ، فأشبه ما إذا ادعىٰ عليها النشوز وهي تنكره .

والثاني : القول قوله ؛ لأن الأصل براءة ذمته .

قال : (**ولو أسلمت أولاً فأسلم في العدة أو أصر . . فلها نفقة العدة على الصحيح**) ؛ لأنها أدت فرضها فلا تسقط به نفقتها كما لو صامت شهر رمضان .

وفي قول أو وجه : لا نفقة لها ؛ لأنها التي أحدثت المانع من الاستمتاع ، ومال إليه الإمام والغزالي .

وفرق المتولي بين هـٰذه وبين ما إذا سبقت إلى الإسلام قبل الدخول ، حيث يسقط المهر وإن كانت محسنة بالإسلام بأن المهر عوض العقد ، والعوض يسقط بتفويت العاقد المعقود عليه وإن كان معذوراً كما إذا باع طعاماً ثم أكله وهو مضطر إليه ، والنفقة في مقابلة التمكين ، وإنما يسقط بالتعدي ، ولا عدوان من جهتها .

قال : (**وإذا ارتدت . . فلا نفقة**) ؛ لإساءتها ونشوزها ، والمراد : لا نفقة لها في زمن ردتها وإن أسلمت في أثناء العدة ، وسيأتي في (النفقات) : أنها لو ارتدت فغاب الزوج فأسلمت في غيبته . . عادت نفقتها ، بخلاف ما إذا نشزت ثم تابت في غيبته . . فالكلام هناك في عودة النفقة واستمرارها ، وهنا في نفقتها زمن الردة وهي غير مستحقة لنشوزها .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (هـٰذا الفرع محله بعد الكلام علىٰ قول « المنهاج » : « ولو أسلمت أولاً . . . إلخ » كما فعله في « الروضة » ، وابن النقيب في « نكته ») .

وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي ٱلْعِدَّةِ ، وَإِنِ ٱرْتَدَّ . . فَلَهَا نَفَقَةُ ٱلْعِدَّةِ .

قال : (**وإن أسلمت في العدة**) أي : لا فرق في سقوط نفقتها مدة الردة بين أن تعود إلى الإسلام في العدة أو لا .

قال : (**وإن ارتد . . فلها نفقة العدة**) ؛ لأنها ممكنة والمانع منه .

تتمة :

إذا ارتدا معاً . . قال البغوي : لا نفقة لها ، قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه وجهان كتشطير المهر بردتهما قبل الدخول . . ففي وجه : يجب نصف المهر كما لو ارتد الزوج ، وفي وجه : لا يجب شيء كما لو ارتدت هي .

وفرق ابن الرفعة بأن المهر كان ثابتاً بالعقد والأصل بقاؤه ، فلذلك يشطر ولا كذلك النفقة ؛ فإن الكلام فيها في المستقبل ، والأصل : عدم الوجوب بالعقد فسقطت .

* * *

خاتمة

نكحت في الكفر زوجين ثم أسلموا ، فإن ترتب النكاحان . . فهي للأول ، فإن مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين . . ففي جواز التقرير وجهان ، قال في زوائد « الروضة » : ينبغي أن يكون أصحهما : التقرير ، وإن وقع النكاحان معاً . . لم تقر مع واحد منهما ، سواء اعتقدوا جوازه أم لا ، وفيما إذا اعتقدوا جوازه وجه : أن المرأة تختار أحدهما ، كما لو أسلم على أختين والله أعلم .

* * *

بَابُ ٱلْخِيَارِ وَٱلإِعْفَافِ وَنِكَاحِ ٱلْعَبْدِ

وَجَدَ أَحَدُ ٱلزَّوْجَيْنِ بِٱلآخَرِ جُنُوناً أَوْ جُذَاماً أَوْ بَرَصاً ، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ ......

باب الخيار والإعفاف ونكاح العبد

إنما جعله المصنف باباً لأن فيه أحكاماً مستقلة بعيدة الانتظام بما قبلها ، وهو أولىٰ من جعله في « المحرر » فصلاً ، لـٰكن لا مناسبة لجعل هـٰذه الثلاثة في باب ، لا جرم أنه في « الروضة » أفرد كلاً منها بباب .

والذي ذكره المصنف في هـٰذا الباب من أسباب الخيار ثلاثة : العيب والتغرير والعتق ، وبقي الإعسار بالمهر والنفقة ، وما إذا وجد أحدهما الآخر رقيقاً علىٰ ما جزم به المصنف[1] ، وعد الماوردي في غير هـٰذا الموضع ما إذا وجدت كسبه حراماً كالتصوير ولا يمكنه إلا منه .

وذكر الرافعي في (باب الخلع) قولين في أن النكاح هل يقبل الفسخ بالتراضي؟

أحدهما : نعم كالبيع .

والثاني : لا ؛ لأن وضعه على الدوام والتأبيد ، وإنما ينفسخ لضرورة تدعو إليه ، وأسقطه من « الروضة » ، وأنكر عليه ابن الرفعة وجود هـٰذا الخلاف ، وليس كذلك ، بل هو ثابت في غيره .

قال : **(وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً[2] أو جذاماً أو برصاً ، أو وجدها رتقاء**

---

(١) في هامش (د) : (أي : في قوله بعد ذلك : « قلت : ولو بان معيباً أو عبداً . . فلها الخيار ، والله أعلم » .

وإذا كان ذلك مذكوراً في هـٰذا الباب . . فلا يستقيم قول الشارح : والذي ذكره المصنف في هـٰذا الباب من أسباب الخيار ثلاثة) .

وفي هامش (ز) : (فإذا جزم به بعد ذلك فلا يستقيم قوله : والذي ذكره المصنف في هـٰذا الباب من أسباب الخيار ثلاثة) .

(٢) في هامش (ز) : (قال الإمام : ولم يتعرضوا لاستحكامه ، ولم يراجعوا الأطباء في إمكان=

أَوْ قَرْنَاءَ ، أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّيناً أَوْ مَجْبُوباً . . ثَبَتَ ٱلْخِيَارُ فِي فَسْخِ ٱلنِّكَاحِ ، . . . . . .

أو قرناء ، أو وجدته عنيناً أو مجبوباً . . ثبت الخيار في فسخ النكاح) .

العيوب المثبتة للخيار منها ما يشترك فيه الرجال والنساء وهو ثلاثة :

الجنون متقطعاً كان أو مطبقاً ، ولا يلتحق به الإغماء .

و(الجذام) بالذال المعجمة ، وهي علة صعبة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ـ نسأل الله تعالى العافية وذريتنا وجميع المسلمين ـ ويتصور ذلك في كل عضو لـٰكن في الوجه أغلب .

و(البرص) وهو : بياض يكون بالجلد تذهب به دمويته ، وعلامته : أن يعصر المكان فلا يحمر ؛ لأنه ميت ، ولا يلتحق به البهق ؛ لأنه بياض علىٰ غير هـٰذا الوجه .

والذي يختص به : الجب والعنة .

فـ(الجب) : أن يقطع الذكر بحيث لا يبقىٰ منه ما يمكن به الجماع .

و(العنة) : امتناع الوقاع لضعف في القلب أو الكبد أو الدماغ أو الآلة فيمتنع الانتشار .

والمختص بها : الرتق والقرن .

فـ(الرتق) : انسداد محل الجماع باللحم ، وهـٰذه يخرج بولها من ثقبة ضيقة كإحليل الرجل .

و(القرن) : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه ، والدائر علىٰ ألسنة الفقهاء في القرن تحريك الراء ، وهو في كتب اللغة بالتسكين ، وهما جائزان ، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن ؛ لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما .

وقال أبو حنيفة : لا يفسخ النكاح بشيء من هـٰذه العيوب ، إلا أن المرأة إذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنيناً . . ترفع أمرها إلى الحاكم حتىٰ يفرق بينهما بطلقة ،

= زواله ، ولوقيل به . . لم يبعد) .

. . . .

وساعدنا علىٰ قولنا مالك وأحمد .

واستدل الأصحاب بأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من غفار ، فلما دخل بها . . رأىٰ بكشحها ـ وهو الجنب ـ بياضاً ، فردها علىٰ أهلها وقال : « دلستم عليَّ » رواه الحاكم [٣٤/٤] وقال : هي أسماء بنت النعمان الغفارية ، وقال ابن باطيش : العالية بنت ظبيان ، فثبت في البرص بالنص ، وفي الباقي بالقياس عليه .

والشافعي لم يذكر هـٰذا الحديث ؛ فإنه مرسل وعلىٰ تقدير صحته فيحتمل أنه ردها بطلاق لا فسخ ، وإنما ذكر بسند صحيح إلىٰ عمر : (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص ـ وفي رواية : أو قرن ـ فإن كان دخل بها . . فلها الصداق بمسه ، وهو له علىٰ وليها)[١] .

ولأن المقصود الأعظم من النكاح الاستمتاع بالجماع ، وهـٰذه العيوب تمنعه ، أما الجب والعنة والرتق والقرن . . فواضح ، وأما الجنون . . فلأنه لا يمكن معه في غالب الأحوال ، والجذام والبرص منفران أشد نفرة لما يخشىٰ من العدوى التي أجرى الله تعالىٰ بها العادة غالباً ، قال الشافعي : هما فيما يزعم أهل الطب والتجارب يعديان .

وفي « صحيح البخاري » [٥٧٠٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » .

وفي « صحيح مسلم » [٢٢٣١] : أنه صلى الله عليه وسلم قال لمجذوم وفد ثقيف : « ارجع ، فقد بايعناك » وما ثبت عنه من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا عدوىٰ ولا طيرة »[٢] إنما أراد به على الوجه الذي كانوا يعتقدونه في الجاهلية من إضافة الفعل إلىٰ غير الله تعالىٰ ، وقد يجعل الله ذلك سبباً لحدوث ذلك ، ولهـٰذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يورد ممرض علىٰ مصح[٣] .

---

(١) أخرجه مالك (٥٢٦/٢) ، والبيهقي (٢١٤/٧) ، والرواية الأخرىٰ أخرجها البيهقي (٢١٥/٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٠٧) ، ومسلم (٢٢٢٠) .

(٣) البخاري (٥٧٧١) ، ومسلم (٢٢٢١) .

. . . .

وقال في الطاعون : « من سمع به بأرض . . فلا يقدمن عليه »[1] .

وأخذ صلى الله عليه وسلم بيد مجذوم فوضعها معه في القصعة وقال : « كل ثقة بالله وتوكلاً عليه »[2] فأعلم صلى الله عليه وسلم أن ذلك بتقدير العزيز العليم .

فجملة العيوب سبعة ، الممكن فرضه في كل واحد من الزوجين خمسة ، وأما غير هـٰذه العيوب كالعمىٰ والزمانة وقطع الأطراف والبله ـ وهو غلبة السلامة على الصدر ـ فلا يثبت بها الخيار ، وقد أجمعوا علىٰ ثبوته بها في البيع ؛ لفوات المالية ، وعن الشيخ زاهر السرخسي : أن البخر والصنان إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار ؛ لأنهما يورثان النفرة .

قال الرافعي : ويجري الخلاف فيما إذا وجدها عذيوطة أو وجدته عذيوطاً .

والعذيوط : الذي يتغوط عند الإنزال .

وأثبت القاضي حسين وغيره الخيار بالاستحاضة والقروح السيالة ، وألحق المتولي بالجنون الإغماءَ الدائم ، وكذلك المرض المزمن الذي لا يمكن زواله ويتعذر معه الجماع كما جزم به ابن الرفعة .

ونقل الرافعي في (الديات)[3] عن الأصحاب : أن المرأة إذا لم تحتمل الوطء إلا

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩٧٤) ، ومسلم (٢٢١٨) .

(٢) أخرجه أبو داوود (٣٩٢١) ، وابن ماجه (٣٥٤٢) .

(٣) في هامش (د) و(ز) : (الذي ذكره الرافعي في « الديات » : أن المرأة إذا كانت ضيقة المنفذ بحيث لو وطئها لأفضاها . . لا يجوز للزوج وطؤها ، قال : ثم الذي أورده صاحب الكتاب هنا وفي « الوسيط » : أنه إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة . . فلها الخيار كما في الجب .

والمشهور من كلام الأصحاب ـ وقد تقدم ذكره في « الصداق » ـ : أنه لا فسخ بمثل ذلك ، ثم قال : ويشبه أن يفصل فيقال : إن كانت المرأة تحتمل وطءاً يخيف مثلها . . فلا فسخ ، وإن كان ضيق المنفذ بحيث يحصل به الإفضاء من كل واطىء . . فهـٰذا كالرتق ، وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولىٰ ، والذي في الكتاب على الثانية ، هـٰذا كلامه .

قال في « المهمات » هنا : وبهـٰذا التوسط الذي ذكره في المرأة لا شك في جريانه في الرجل أيضاً . اهـ

=

. . . .

بالإفضاء لضيق منفذها . . لا يجوز للزوج وطؤها ، فعلىٰ هٰذا يختار به ويكون ككبر آلة الرجل بحيث لا تحتمله المرأة .

وعدَّ الخفافُ في « الخصال » من عيوب الرجل : كونه مشعر الإحليل ؛ لأن ذلك يمنع لذة المرأة .

وقال القاضي حسين : إذا تزوجها ظاناً أنها مسلمة فبانت كتابية . . ثبت له الخيار[1] .

قال ابن الرفعة : وقد استشكل بعضهم تصوير فسخ المرأة بالعيب ؛ لأنها إن علمت به . . فلا خيار لها ، وإن لم تعلم به . . فالتنقي من العيوب شرط في الكفاءة ، فلا يصح النكاح إذا عدم التكافؤ ، قال : وهٰذه غفلة عن قسم آخر ، وهو ما إذا أذنت له في التزويج من معين أو من غير كفء وزوجها الولي منه بناء علىٰ أنه سليم . . فالمذهب صحة النكاح كما صرح به الإمام في (باب الوكالة) و(المرابحة) ، ويثبت الخيار بذلك .

فروع :

ليس للزوج إجبار الرتقاء علىٰ شق الموضع ، فإن فعلت هي وأمكن الوطء . . فلا خيار ، قال الرافعي : كذا أطلقوه ، ويمكن أن يأتي فيه الخلاف المذكور فيما إذا اطلع

= فظهر أن المسألة منقولة للأصحاب ، فاقتصار الشارح علىٰ ثبوت الخيار له في صورة ولها في صورة من غير عزوٍ إلىٰ أحد يقتضي أنه لم يقف عليها منقولة ، وأن هٰذا من تفقهه ، وليس الأمر كذلك ؛ فما ذكره موافق للغزالي) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (هٰذه المسألة ـ وهي ما إذا ظنها مسلمة فبانت كتابية ـ مذكورة بعد ذلك في هٰذا الباب في « المنهاج » و« المحرر » و« الروضة » و« الرافعي » .
وعبارة « المنهاج » : « ولو ظنها مسلمة أو حرة فبانت كتابية أو أمة وهي تحل له . . فلا خيار في الأظهر » فنقلها هنا عن القاضي لا فائدة فيه ، وكلام الشارح يشعر باختصاص القاضي بذكرها) .

وَقِيلَ : إِنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ . . فَلاَ . . . .

علىٰ عيب المبيع بعد زواله ، والذي بحثه الرافعي هنا هو المنقول في « البحر » و« الحاوي »[1] .

وإذا جبت زوجها هل يثبت لها الخيار؟ وجهان :

أحدهما : لا كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض .

وأصحهما : نعم كما لو خرب المستأجر الدار المستأجرة ؛ لأن المرأة بالجب لا تصير قابضة لحقها كالمستأجر لا يصير قابضاً لحقه بالتخريب ، والمشتري بالتعييب قابض لحقه .

وإنما يثبت الخيار بهٰذه العيوب عند الجهل دون العلم إلا في العنة ؛ ففيها كلام يأتي .

وإذا اختلفا في وجود العيب أو في العلم به . . صدق من ينفيه إلا أن يقيم المدعي شاهدين ذكرين عليه ، وقيل : إن اختلفا قبل الدخول[2] في العلم به . . صدق من يدعي العلم .

قال : (وقيل : **إن وجد به مثل عيبه . . فلا**) ؛ لتساويهما ، فإن كانا من جنسين . . فلكل واحد منهما الخيار ، إلا إذا كان الرجل مجبوباً والمرأة رتقاء . . فهما كالجنس الواحد ، وحكى البغوي طريقة قاطعة بأنه لا خيار ؛ لأنه وإن فسخ لا يصل إلىٰ مقصود الوطء .

والصحيح فيما إذا كانا من جنس واحد : ثبوت الخيار لكل واحد منهما ؛ لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه ، فيمنعه ذلك من الاستمتاع .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (صاحب « البحر » نقله عن « الحاوي » ، ثم إنه جعل محل الخلاف : ما إذا زال بعد علمه ، قال : فإن زال قبل علمه . . فلا خيار جزماً ، والرافعي جعله على الخلاف فيما إذا اطلع على عيب المبيع بعد زواله ، وتصويره يقتضي الزوال بعد العلم بدليل قوله : ليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فإن فعلت . . . إلخ ، فالتصوير لا يطابق التخريج) .

(٢) في (د) و(ز) : (بعد الدخول) .

وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَىٰ وَاضِحاً . . فَلاَ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ . . تَخَيَّرَتْ إِلاَّ عُنَّةً بَعْدَ ٱلدُّخُولِ ، . . . .

وأشار المصنف بـ(المثلية) إلىٰ أن الخلاف فيما إذا تساويا في القدر والمحل والفحش ، فإن كان في أحدهما أكثر وأفحش . . ثبت الخيار للآخر بلا خلاف .

هـٰذا في غير الجنون ، أما إذا كانا مجنونين . . فلا يمكن الخيار لواحد منهما ، قاله الرافعي ، ومنعه ابن الرفعة بأن الجنون المتقطع يثبت الخيار كالمطبق ، فيثبت له في حال إفاقته ، وظاهر كلام الرافعي أنه أراد المطبق فلا يرد عليه[1] .

قال : (**ولو وجده خنثىٰ واضحاً . . فلا في الأظهر**) ؛ لأنه لا يفوت مقصود النكاح .

والثاني ـ ويعزىٰ إلى القديم ـ : يثبت الخيار ؛ لتنفيره الطبع .

وقوله : (واضحاً) من زياداته علىٰ « المحرر » ، ولا بد منها ؛ لإفادة أن نكاح الخنثى المشكل باطل ؛ فإنه لم يذكره في غير هـٰذا الموضع ، وإنما أهملها « المحرر » للعلم بأن الخنثى المشكل لا يصح نكاحه ، والأصح : أن محل القولين إذا اتضح بقوله ، فإن اتضح بعلامة . . فلا خيار .

قال : (**ولو حدث به عيب . . تخيرت**) أما قبل الدخول . . فبلا خلاف ، وكذا بعده على الأصح ؛ لأنها تتضرر بصحبته ، فتعين ذلك طريقاً لإزالة الضرر وفي حدوث الجب بعد الدخول وجهان ، ويقال : قولان :

أصحهما : أنه يثبت لها الخيار ؛ لأنه يورث اليأس من الجماع .

والثاني : أنه كالعنة .

قال : (**إلا عنة بعد الدخول**) ؛ لأن مقصود النكاح قد حصل لها من المهر وثبوت الحصانة ولم يبق إلا التلذذ ، وهو شهوة لا يجبر الزوج عليها ، ولأنها ترجو زوال عنته .

---

(١) في هامش (ز) : (قلت : لأن المتقطع لا يوصف حال الإفاقة بالجنون ، وقال ابن النقيب : يمكن أيضاً في المطبق للولي) .

أَوْ بِهَا . . تَخَيَّرَ فِي ٱلْجَدِيدِ . وَلاَ خِيَارَ لِلْوَلِيِّ بِحَادِثٍ ، وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ ، وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ ، وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْخِيَارُ عَلَى ٱلْفَوْرِ .

قال : (**أو بها . . تخير في الجديد**) كما يثبت لها إذا حدث العيب به .

وفي القديم : لا تتخير به ، وبه قال مالك ؛ لأنه لا تدليس منها ، وهو متمكن من التخلص بالطلاق غير مضطر إلى الفسخ ، ولهـٰذا لو أعتق العبد وتحته أمة . . لا خيار له على المذهب ، بخلاف الزوجة إذا عتقت تحت رقيق .

قال : (**ولا خيار للولي بحادث**) أي : بالزوج ؛ لأن حق الأولياء في الكفاءة إنما يراعىٰ في الابتداء دون الدوام ، لأن المرأة لو رغبت في نكاح عبد . . كان لأوليائها المنع ، ولو عتقت تحته ورضيت بالمقام معه . . لم يكن لهم الفسخ .

قال : (**وكذا بمقارن جب وعنة**) ؛ لاختصاصهما بالضرر ، ولأنه لا عار يلحق الولي بذلك .

وفي وجه : أن للأولياء الخيار بجميع العيوب المقارنة .

فإن قيل : العنة لا تثبت إلا بعد العقد فكيف صورتها؟ قيل : يمكن تصويرها بما إذا تزوجها وعنَّ عنها ثم طلقها وأراد تجديد نكاحها .

قال : (**ويتخير بمقارن جنون**) وإن رضيت المرأة ؛ لأن الأولياء يتعيرون به ، ولا نعلم في ذلك خلافاً .

قال : (**وكذا جذام وبرص في الأصح**) ؛ لأن فيهما نقصاً ظاهراً ، وقد تتعدى العلة إليها أو إلىٰ نسلها .

والثاني : لا خيار للولي ؛ لأن الضرر في الجذام والبرص خاص بصحبة من تعافه النفس ، وهـٰذا المعنىٰ يختص بها .

قال : (**والخيار على الفور**) كخيار العيب في البيع .

والمراد : أن المطالبة به ، والرفع إلى الحاكم على الفور ، ولا ينافي ذلك ضرب المدة للعنين ؛ فإنها حينئذ تتحقق ، فإن أخرت بلا عذر . . بطل حقها .

وقيل : وفي قول : تمتد إلىٰ ثلاثة أيام .

وقيل في قول : إلىٰ أن ترضىٰ ، أو تمكن كما في خيار العتق .

والفرق على المذهب : أن الأمة تحتاج إلى النظر ، وهنا النقصان تحقق بالاطلاع على العيب فاستغني عن النظر ، فإذا قال : علمت العيب ولم أعلم أنه يثبت الخيار . . فالمشهور : أنه على القولين في نظيره من خيار العتق .

قال : (**والفسخ قبل دخول يسقط المهر**) سواء كان بمقارن أو حادث ، وسواء كان العيب فيه أو فيها ؛ لأن شأن الفسخ ترادُّ العوضين ، وقد رجع البضع إليها سالماً ، فيرجع عوضه إليه سالماً .

وكما يسقط المهر لا متعة أيضاً ؛ لأن الفسخ رافع للعقد من أصله ، قال الشيخ : ولسنا نريد بالرفع من أصله أن نتبين عدم وقوعه ، فهـٰذا لا يتوهمه فقيه ، ولـٰكن المراد : أن الشرع سلط العاقد علىٰ رفع أحكامه ، وجعله كأن لم يكن[1] .

فرع :

المفسوخ نكاحها بعد الدخول لا نفقة لها في العدة ولا سكنىٰ إن كانت حائلاً بلا خلاف ، وإن كانت حاملاً ، فإن قلنا : نفقة المطلقة الحامل للحمل . . وجبت هنا ، وإن قلنا بالأظهر ـ أنها للحامل ـ لم تجب .

وأما السكنىٰ . . فلا تجب على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل بطرد القولين ، وقال ابن سلمة : إن كان الفسخ بعيب حادث . . وجبت ، وإلا . . فلا .

وإذا لم نوجب السكنىٰ فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه . . فله ذلك ، وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (استشكل الشيخ سقوطه بفسخه بعيبها وقال : لا يتشطر كتطليقه ، وكونه بسببها معارض بفسخها بعيبه ، فإما أن يحال على المباشرة . . فيتشطر إذا فسخ ويسقط إذا فسخت ، أو على السبب . . فبالعكس .
وأجاب بأن المهر منه في مقابلة منفعتها ، ولا عوض منها مقابلاً لمنفعته ، وهـٰذا يقتضي عدم فسخها ، لـٰكن أثبته الشرع علىٰ خلاف القاعدة ؛ دفعاً لضررها مع سلامة ما عقد عليه وهو العوض ، فترده كما عاد بضعها سالماً ، وأما فسخه . . فعلى القاعدة المقتضية رد العوضين) .

وَبَعْدَهُ.. ٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ ٱلْمِثْلِ إِنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ ، أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ ٱلْعَقْدِ وَٱلْوَطْءِ جَهِلَهُ ٱلْوَاطِئُ ، وَٱلْمُسَمَّىٰ إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ . . . .

قال : (**وبعده.. الأصح : أنه يجب مهر المثل إن فسخ بمقارن**) ؛ لأنه استمتع بمعيبة وهو إنما بذل علىٰ ظن السلامة ولم تحصل ، فكأن العقد جرىٰ بلا تسمية .

والثاني : المسمىٰ ؛ لأن الدخول جرىٰ في عقد صحيح مشتمل علىٰ تسمية صحيحة ، فأشبه الردة بعد الدخول وهو مخرج منها ، فكان ينبغي أن يعبر بالنص لذلك .

قال : (**أو بحادث بين العقد والوطء جهله الواطىء**) ؛ لأنه كالمقارن للعقد ، فيكون الواجب أيضاً مهر المثل على المنصوص ، ويجعل اقترانه بالوطء المقرر للمهر كاقترانه بالعقد .

قال : (**والمسمىٰ إن حدث بعد وطء**) ؛ لأنه تقرر بنفس الوطء[1] .

والحاصل : أن الوطء مضمون بلا خلاف ، إما بالمسمىٰ علىٰ قول وإما بالمهر علىٰ قول ، وهو في رد الجارية المبيعة بعيب غير مضمون ، وقد اشتركا في الفسخ بالعيب ، وفرقوا بينهما بأن الوطء معقود عليه في النكاح فوجب بدله بكل حال ، والوطء في البيع غير معقود عليه ، وإنما العقد على الرقبة ، والوطء منفعة ملكه فلم يقابل بعوض .

فإن قيل : الفسخ إن رفع العقد من أصله.. فليجب مهر المثل بكل حال ، أو من حينه.. فالمسمىٰ كذلك ، فما وجه التفصيل؟ فأجاب الشيخ بأن اختيارنا هنا وفي

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (يقابل التفصيل المذكور وجهان آخران :
أحدهما : وجوب مهر المثل مطلقاً .
والثاني : وجوب المسمىٰ مطلقاً .
وفي الفسخ بالمقارن وجه ثالث أيضاً : وهو التفصيل بين أن يفسخ بعيبها فيجب مهر المثل ، أو يفسخ بعيبه فيجب المسمىٰ ، قال ابن النقيب : وهـٰذا الذي لا يتجه غيره ؛ لأنه المسمىٰ في المستمتع تسليمه وقد استوفاه فلم يعدل عنه إلى مهر المثل ، اللهم إلا أن يقال : إنما رضيتْ بهـٰذا المسمىٰ لظنها سلامته ومهر مثلها أكثر منه ، وحينئذ فينبغي وجوب الأكثر منهما) .

. . . .

الإجارة أنه يرفعه من حين حدوث سببه لا من أصل العقد ولا من حين الفسخ ؛ ليستقيم التفصيل المذكور ، لأن المعقود عليه هنا المنافع ، وهي لا تقبض حقيقة إلا بالاستيفاء ، بخلاف البيع ؛ فإن القبض فيه مقرر قطعاً ، وفسخه بالردة والرضاع والإعسار من حينه[1] .

فروع :

طلق زوجته قبل الدخول ، ثم اطلع علىٰ عيب بها . . لم يسقط حقها من نصف المهر .

ولو اطلع أحدهما علىٰ عيب الآخر بعد موته . . فهل له الفسخ بالعيب؟ وجهان : أصحهما : لا[2] ، ويتقرر المسمىٰ بالموت ، ولو لم يفسخ بالعيب حتىٰ زال . . ففي ثبوت الخيار وجهان[3] .

وإذا رضي أحد الزوجين بعيب الآخر فازداد . . فلا خيار على الصحيح ؛ لأن رضاه بالأول رضىً بما يحدث منه ويتولد ، وفيه وجه ، كذا قاله الشيخان ، ومحله إذا لم يكن الحادث أفحش ، كما إذا كان في اليد فحدث في الوجه . . فإن الشافعي رضي الله عنه نص علىٰ ثبوت الخيار ، كذا نقله الماوردي ، وخص الوجهين بغير هـٰذه الحالة كما إذا كان في إحدى اليدين فانتقل إلى الأخرىٰ .

وقال في « المهمات » قد قالوا في (الرهن) : إذا شرطا وضعه في يد فاسق فزاد فسقه . . كان لكل منهما الخيار في إزالة يده عنه ، فاعتبروا الزيادة هناك ولم يعتبروها هنا[4] .

---

(١) في هامش (ز) : (وأقول : نختار أنه رفع من حينه ، ولا يلزم ما قاله ؛ لأن وجوب مهر المثل إنما هو لكونه استمتع بمعيبة) .
(٢) في هامش (ز) : (لانتهاء النكاح بالموت) .
(٣) في هامش (ز) : (أصحهما : لا) .
(٤) في هامش(ز) : (أقول : لأنه هناك لا يرتفع العقد ، وهنا يرتفع) .

وَلَوِ ٱنْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ . . فَٱلْمُسَمَّىٰ . وَلاَ يَرْجِعُ ٱلزَّوْجُ بَعْدَ ٱلْفَسْخِ بِٱلْمَهْرِ عَلَىٰ مَنْ غَرَّهُ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

ولو فسخ بعيب فبان أن لا عيب فهل يحكم ببطلان الفسخ واستمرار النكاح؟ وجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : بطلان الفسخ ؛ لأنه بغير حق .

ولو قال : علمت عيب صاحبي ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار . . فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد[1] .

وقيل : لا خيار هنا قطعاً ؛ لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود .

قال : (**ولو انفسخ بردة بعد وطء . . فالمسمىٰ**) ؛ لاستقراره قبل وجودها ، والردة لا تستند إلىٰ ما تقدم ، ولا فرق بين ردته وردتها .

قال : (**ولا يرجع الزوج بعد الفسخ بالمهر علىٰ من غره في الجديد**) ؛ لئلا يجمع بين العوضين ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ، واستدل له الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها . . . » الحديث[2] ، قال : فإذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الصداق للمرأة بالمسيس في النكاح الفاسد بكل حال ولم يرده به عليها وهي التي غرته لا غيرها . . فكذلك في النكاح الصحيح الذي الزوج فيه بالخيار أولىٰ أن يكون للمرأة .

والقديم ـ وبه قال مالك ـ : أن له الرجوع عليه ؛ لما روي عن عمر أنه قال : (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص . . فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم علىٰ وليها) .

ومحل القولين في عيب مقارن للعقد ، أما الحادث بعده إذا فسخ . . فلا رجوع بالمهر بحال ؛ لأنه لا تدليس منه .

وخص المتولي الخلاف بما إذا كان المغروم مهر مثل ، فإن كان المسمىٰ . . فلا يرجع به قولاً واحداً ؛ لأنه في مقابلة الوطأة الأولىٰ .

---

(١) في هامش (د) : (هـٰذا الفرع تقدم ذكره) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٠٧٤) ، والحاكم (٢/١٦٨) ، وأبو داوود (٢٠٧٦) ، والترمذي (١١٠٢) ، وابن ماجه (١٨٧٩) .

. . . .

والأصح : ما ذكره البغوي : أنه لا فرق بين المسمىٰ ومهر المثل[1] ، وخصه الدارمي بغير الحاكم ، فالحاكم لا رجوع عليه قطعاً .

وصور في « التتمة » التغرير منها بأن تسكت عنه ويظهر للولي معرفة الخاطب بحالها ، وصوره غيره[2] بأن تعقد بنفسها ويحكم حاكم بصحته .

والمراد بـ(الزوج) : الزوج الفاسخ ؛ ليخرج المجبر على الفسخ ؛ فإن عليه المسمىٰ ولا يرجع به على الغار قطعاً[3] ، ثم لا يخفىٰ أن كلامه فيما إذا أدى المهر ، أما قبله . . فلا يرجع بشيء ؛ لأنه لم يغرم شيئاً[4] .

---

(١) في هامش (ز) : (وهو الأصح في « أصل الروضة ») .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (هو الشيخ أبو الفرج الزاز) .

(٣) في هامش (د) و(ز) : (قال الشيخ برهان الدين البيجوري : هـٰذا شيء لم يذكره غيره ولم أفهم معناه بعد التأمل) .

(٤) في هامش (د) و(ز) : (ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها ثم الاسترداد منها ، لـٰكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام أنه لا معنىً له ، بل المراد : عدم الغرم لها . وهل يجب لها ما يصلح صداقاً؟ وجهان : الأصح في زوائد « الروضة » : لا .
ثم إن علمت بعيبها . . فواضح ، [ومحله الوجوب] وإن جهلت . . قال الرافعي : فلا يبعد مجيء الخلاف المذكور في جهل الولي فيها .
قال النووي : لا مجيء له ؛ لتقصيرها الظاهر ، وأما الولي ، فإن علم . . غرم غيره ، أو جهل . . فأوجه : يغرم ، لا يغرم ، التفصيل بين المحرم وغيره ، التفصيل بين الحاكم وغيره . وهـٰذا الأخير لم يذكره في « الروضة » وهو في « الرافعي » عن الحناطي ، والأصح في المحرم الجاهل : التغريم ولا ترجيح في غيره .
وإن كان التغرير منها ومن الولي . . فهل الرجوع عليها لقوة جانبها ، أو عليهما؟ وجهان بلا ترجيح .
وفي التغرير بالحرية إذا صدر من الأمة ووكيل السيد وجهان : الرجوع علىٰ كل [بالنصف] ، والرجوع علىٰ من شاء بالكل ولم يحكوا في هـٰذه الرجوع على الأمة فقط ، ويمكن الفرق بأن المهر هنا لها فقوي جانبها ، ولا مهر للأمة فاستوت مع الوكيل ، هـٰذا ملخص ما قالوه) .
ثم ذكر المحشي عند قوله : (والأصح في زوائد « الروضة » : لا) ، (وقال البلقيني : الظاهر مقابله ، وحكاه عن صاحب « البيان ») .

وَيُشْتَرَطُ فِي ٱلْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَىٰ حَاكِمٍ ، وَكَذَا سَائِرُ ٱلْعُيُوبِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَتَثْبُتُ ٱلْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ ، وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويشترط في العنة رفع إلىٰ حاكم**) ؛ لأنه أمر مجتهد فيه فأشبه الفسخ بالإعسار ، ولأنه يحتاج إلى الدعوىٰ ، ولا يكون إلا عند حاكم ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

وتعبير المصنف بـ(العنة) أنكره في « التحرير » على الفقهاء فقال : وما يقع في كتب الأصحاب من قولهم : (العنة) يريدون التعنين ليس بمعروف في اللغة ، وإنما العنة الحظيرة من الخشب لحفظ الإبل والغنم . اهـ

وما قاله فيه نظر ؛ فإن شيخه ابن مالك قال في « مثلثه » : (العُنة) بالضم : العجز عن الجماع ، فاستقام ما قاله الأصحاب ، ونقل أبو عبيد عن الأموي أنه يقال : امرأة عنينة ، وهي التي لا تريد الرجال .

قال : (**وكذا سائر العيوب في الأصح**) ؛ لما قلناه .

والثاني : أنه ينفرد بالفسخ كفسخ البيع[1] .

قال : (**وتثبت العنة بإقراره**) أي : عند الحاكم كسائر الحقوق التي يؤاخذ المكلف بإقراره بها .

قال : (**أو بينة علىٰ إقراره**) ؛ إذ لا تمكن إقامة البينة علىٰ نفس العنة ، إذ لا مطلع للشهود عليها .

قال : (**وكذا بيمينها بعد نكوله في الأصح**) ؛ لأنها قد تبين لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممارسة ، بخلاف الشهود ؛ فإنهم لا يعرفون ما تعرف منه ، وهـٰذا كما إذا ادعت أنه نوى الطلاق ببعض الكنايات وأنكر ونكل تحلف المرأة .

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ : لا ترد اليمين عليها ؛ لأن الامتناع من الجماع قد

---

(١) في هامش (ز) : (قال الرافعي : وعلى الوجهين : يجوز التأخير إلىٰ أن يفسخ عند القاضي) .

يكون لعجز ، وقد يكون لأمر آخر لا اطلاع لها عليه ، وعلىٰ هـٰذا قيل : يقضي عليه بالنكول ، وتضرب المدة من غير يمينها .

وقيل : لا ترد عليها ، ولا يقضي بنكوله .

وقيل : لا يحلف الزوج ولا يشرع أصلاً ؛ بناء علىٰ أن اليمين لا ترد عليها ، وهو ضعيف .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف وغيره : الأمة إذا تزوجت حراً بشرطه ، ثم ادعت عنته المقارنة للعقد لتتمكن بذلك من الفسخ . . لم تسمع دعواها ؛ لأن ثبوت ذلك يؤدي إلىٰ إبطال النكاح من أصله لانتفاء شرطه وهو خوف العنت ، وإذا كان النكاح باطلاً . . لم تصح الدعوىٰ ؛ للزوم الدور ، كذا ذكره الجرجاني في « المعاياة » ، والمحب الطبري في « ألغازه » .

قال : (**وإذا ثبت . . ضرب القاضي له سنة**) ؛ لما روى الشافعي رضي الله عنه وغيره : أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة ، وتابعه العلماء ؛ لأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فيزول في الشتاء ، أو برد فيزول في الصيف ، أو يبوسة فيزول في الربيع ، أو رطوبة فيزول في الخريف ، فإذا مضت السنة ولا إصابة . . علمنا أنه عجز خلقي .

وحكى ابن المنذر عن أبي عبيد أنه قال : إن الداء لا يسجن في البدن أكثر من سنة حتىٰ يظهر .

قال في « المطلب » : وهـٰذا التعليل يخدشه ما إذا عنَّ عن امرأة دون امرأة ، وعن المأتي المعتاد دون غيره . . فإن الحكم ثابت ، ولو كان لمضي الفصول أثر . . لأثَّر مطلقاً ، قال : وقد يقال في الجواب عنه : إن النفس قد يتغير ميلها إلىٰ بعض الأشياء دون بعض بحسب اختلاف الفصول ، وسواء في ذلك الحر والعبد على المشهور ؛ لأن الأمور الجبلية لا تختلف في الحال فيها بين الأحرار والأرقاء ، فأشبهت مدة الحيض والرضاع .

بِطَلَبِهَا ، فَإِذَا تَمَّتْ . . رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : وَطِئْتُ . . حُلِّفَ ، . . . .

وفي « كتاب ابن بشرىٰ » عن نص الشافعي : أن العبد له نصف سنة كقول مالك ، وهو غريب .

وأول هـٰذه المدة من يوم المرافعة وضرب القاضي ؛ لأنها مجتهد فيها ، بخلاف مدة الإيلاء ؛ فإنها من وقت اليمين للنص .

وقال أهل الظاهر : لا يؤجل العنين ولا يفرق بينهما ؛ لأن امرأة عبد الرحمـٰن بن الزبير قالت : إنما معه مثل هدبة الثوب ولم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما .

والجواب : أن عبد الرحمـٰن أنكر ذلك ، وصح عنه أنه قال : أعركها عرك الأديم .

قال : (**بطلبها**) ؛ لأنه حق لها فلا يكون إلا بسؤالها ، ويكفي فيه قولها : أنا طالبة حقي علىٰ موجب الشرع ، فلو سكتت وحمل على الدهش أو الجهل . . نبهت .

وعلم من هـٰذا : أن الولي لا ينوب عنها في ذلك ، سواء كانت عاقلة أم مجنونة .

قال : (**فإذا تمت . . رفعته إليه**) ؛ لأن مدار الباب على الدعوىٰ والإقرار والإنكار واليمين ، ولا بد في ذلك من المرافعة .

وقيل : إن لها الفسخ عقب المدة من غير رفع إلى الحاكم .

ومقتضىٰ كلامه : أن الرفع على الفور ، وصرح الماوردي والروياني بأن ذلك غير لازم ، بخلاف الفسخ بالعيب ؛ لأن تمكينها الزوج من نفسها في العيوب رضاً يمنع الفسخ ، بخلاف العنة .

قال : (**فإن قال : وطئت . . حلف**) ؛ لأنه تتعذر إقامة البينة عليه ، والأصل سلامة الشخص ودوام النكاح ، فإذا حلف . . بقيت معه وانتهت الخصومة ، سواء كان قبل مضي السنة المضروبة أو بعدها ، وسواء كان صحيح الأعضاء أو خصياً أو مقطوع بعض الذكر وأمكنه الجماع بالباقي .

قال أبو إسحاق : إن كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر . . صدقت المرأة بيمينها .

هـٰذا إذا كانت ثيباً ، فإن كانت بكراً . . فالقول قولها مع يمينها إذا شهد ببكارتها الآن أربع نسوة ؛ لأن الظاهر معها .

. . . .

وقيل : يقبل قولها بلا يمين إذا شهد أربع نسوة ، والصحيح الأول ؛ لاحتمال أنه لم يبالغ وأن البكارة عادت .

قاعدة :

نقل الشيخان هنا عن الأئمة : أن الزوجين إذا اختلفا في الإصابة . . فالقول قول نافي الوطء ؛ أخذاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع : هنا ، وإذا طالبته في الإيلاء بالفيئة أو الطلاق فقال : قد أصبتها ، وفيما إذا قالت : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، وقال الزوج : بل قبله وليس لك إلا الشطر . . فالقول قوله ؛ للأصل ، وعليها العدة ؛ مؤاخذة بقولها ، ولا نفقة ولا سكنىٰ ، وللزوج نكاح بنتها وأربع سواها في الحال .

فلو أتت بولد من محتمل . . ثبت النسب ، ويقوىٰ به جانبها ، فيرجع إلىٰ تصديقها ، ويطالب الزوج ، بالنصف الثاني ، ولا بد من يمينها علىٰ ما ذكره الإمام والعبادي ؛ لأن ثبوت النسب لا يورث يقين الوطء .

ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة ، وهـٰذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي ، فإن لاعن الزوج ونفى الولد . . فقد زال المرجح ، فنعود إلىٰ تصديقه ويستمر الأمر علىٰ ما سبق .

وأورد في « المهمات » علىٰ حصرهما أربع مسائل :

الأولىٰ : الفرع الآتي بعد ورقة عن البغوي : إذا تزوجها بشرط البكارة فوجدها ثيباً فقالت : كنت بكراً فزالت البكارة عندك ، فقال : بل كنت ثيباً . . فالقول قولها بيمينها ؛ لدفع الفسخ .

ولو قالت : كنت بكراً فافتضضتني . . فالقول قولها بيمينها ؛ لدفع الفسخ ، وقوله : (بيمينه) لدفع كمال المهر .

الثانية : إذا قال لطاهر : أنت طالق للسنة ، وقالت : ما وطئتني في هـٰذا الطهر فوقع الطلاق ، وقال : بل وطئت فيه فلم يقع . . قال إسماعيل البوشنجي : قضية

المذهب تصديقه ؛ لأصل بقاء النكاح[١] .

الثالثة : إذا ادعت المطلقة ثلاثاً نكاح زوج آخر ووطأه وفراقه وانقضاء عدته مع إمكان ذلك وكذبها الزوج الثاني . . فإنها تصدق ؛ لتحل للزوج الأول كما تقدم .

الرابعة : إذا عتقت الأمة تحت عبد وقلنا يمتد خيارها إلى الوطء فادعاه وأنكرت المرأة . . ففي المصدق منهما وجهان حكاهما الرافعي من غير ترجيح ، وعلل تصديق الزوج أن الأصل بقاء النكاح ، وينبغي ترجيحه كما في مسألة البوشنجي . اهـ

وخامسة : إذا قال رجل : هٰذا ابني من هٰذه المرأة . . استحقت عليه مهر المثل ، ولا يحمل ذلك على استدخال الماء[٢] .

وسادسة : إذا ادعت الوطء وقد وجدت الخلوة فأنكر . . صدقت في قول .

قال : (**فإن نكل . . حلفت**) كغيرها ، قال الشيخان : وفيه الخلاف السابق ، ونازعهما الشيخ في ذلك[٣] .

---

(١) في هامش (ز) : (وحكاه عنه الرافعي ، وأجاب بمثله القاضي في « فتاويه » فيما إذا قال : إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق ، ثم ادعى الإنفاق . . فيقبل ؛ لعدم الطلاق لا لسقوط النفقة ، لٰكن في « فتاوى ابن الصلاح » : أن الظاهر الوقوع في هٰذه المسألة) .
وفي هامش (د) : (نقله عنه الرافعي قبيل أركان الطلاق) .

(٢) في هامش (د) : (المسألة الخامسة مذكورة في « الروضة » في النزاع في الصداق في المسألة الرابعة وهي : ما إذا ادعت نكاحاً ومهر مثل فأقر بالنكاح وأنكر المهر أو سكت ، ومن جملة ما حكاه فيها عن القاضي حسين : وجوب مهر المثل ، ثم نقل عن الإمام أنه حكي عنه علىٰ قياس الوجه المنسوب إليه : أنه لو قال : هٰذا ابني من فلانة . . استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت ؛ لأنه أقر بالوطء ظاهراً ؛ لأن استدخال الماء بعيد ، والوطء المحرم : هو الذي يحصل منه الولد النسيب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر .
وقياس ظاهر المذهب : أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما تدعيه ، فإن أصر على الإنكار . . ردت اليمين عليها . اهـ
ونقله السبكي في « شرحه » في الكلام على قول « المنهاج » : « ولو ادعت تسمية وأنكرها . . تحالفا في الأصح » ، ولم ترد عليه) .

(٣) في هامش (ز) : (فقال : لأنها تحلف هناك على العنّة التي مستندها فيها قرائن الأحوال وقد=

فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ . ٱسْتَقَلَّتْ بِٱلْفَسْخِ ، وَقِيلَ : يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِذْنِ ٱلْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ . . . .

قال : (**فإن حلفت أو أقر . . استقلت بالفسخ**) كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً وأقام المشتري علىٰ ذلك بينة عند القاضي ، لـٰكن يشترط بعد حلفها أو إقراره أن يقول القاضي : ثبتت العنة أو حقَّ الفسخُ فاختاري على الأصح ، وهو وارد على المصنف .

قال : (**وقيل : يحتاج إلىٰ إذن القاضي أو فسخه**) ؛ لأنه محل نظر واجتهاد ، فإما أن يفسخ وإما أن يأذن لها فيه بخصوصه ، وإذا فسخت ولم يقل القاضي : نفذته ، ثم رجعت . . لم يبطل الفسخ في الأصح ، قال الرافعي : ويشبه أنهما مفرعان على الاستقلال بالفسخ ، أما إذا فسخت بإذنه . . فإذنه كالتنفيذ .

والذي رجحه الرافعي والمصنف من استقلالها بالفسخ تبعا فيه المتولي وغيره ، والذي نص عليه في « الأم » ورجحه العراقيون : أنها لا تستقل به ، وبه جزم الرافعي في اختلاف المتبايعين[1] .

قال الشيخ : ويجب تأويل كلام « المنهاج » علىٰ أن المراد : استقلت بالفسخ بعد حكمه ، فالحاصل ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها بمجرد الإقرار بين يدي الحاكم أو حلفها أنه لم يطأ تستقل بالفسخ كما هو ظاهر كلام المصنف .

= تتخلف ، وهنا على ترك الوطء وهو محسوس فكيف تأتى الخلاف؟

وقال البلقيني : لم أر هـٰذا الخلاف ، ولـٰكن إذا نظر إلى احتمال أن يطأها . . أمكن أن يأتي خلاف ضعيف ، لـٰكنه لا ينظر إلى إنظاره في الشريعة فسقط .

قلت : لعل أصل الخلاف في الموضعين : أن اليمين المردودة كالإقرار فتحلف ، أو كالبينة فلا تحلف ؛ لأن كلاً من العنة وعدم الوطء لا يمكن إقامة البينة عليه) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (المجزوم به في الموضع المذكور : تعين الحاكم للفسخ ، وهو عين الوجه الصائر إلىٰ أن الحاكم يفسخ أو يأذن لها فيه .

وعبارة الرافعي : ومن الذي يفسخه؟ فيه وجهان : أحدهما : الحاكم كالفسخ بالعنة ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ، هـٰذه عبارته) .

وَلَوِ ٱعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي ٱلْمُدَّةِ. . لَمْ تُحْسَبْ ، وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ. . بَطَلَ حَقُّهَا ، . . . .

والثاني ـ وهو الصحيح ـ : استقلالها بشرط أن يكون القاضي حكم بتمكينها من الفسخ .

والثالث : أنها لا تستقل أصلاً ، بل لا بد من تعاطي القاضي الفسخ بنفسه ، أو الإذن لها فيه .

قال : (**ولو اعتزلته أو مرضت أو حبست في المدة. . لم تحسب**) ؛ لأن عدم الوطء حينئذ يضاف إليها ، وهـٰذا من فقه الإمام ؛ لأن المهلة إنما يظهر أثرها إن كان الزوج مخليً معها .

فلو قال الزوج : لا تمهدوا لي عذراً ؛ فإني لم أستشعر في نفسي قدرة في المدة. . قلنا : لا تعويل علىٰ ذلك ؛ فإن للنفس نهوضاً في ممارسة المرأة كما لها ركود في التعزب .

واحترز المصنف عن حبسه أو مرضه ؛ فإنه لا يمنع احتساب المدة ، وهو ما حكاه الرافعي عن ابن القطان ، وأسقطه في « الروضة » ، وفيه نظر ، وكذلك حيضها لا يمنع الاحتساب ، وفي سفره وجهان : أصحهما : أنه لا يمنع أيضاً ؛ لئلا يدافع بذلك .

وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في بعض المدة وزال. . قال الرافعي : القياس أن يستأنف السنة ، أو ينتظر مضي ذلك الفصل من السنة الأخرىٰ ، قال ابن الرفعة : وفيه نظر ؛ لأن ذلك يستلزم الاستئناف ، لأن ذلك الفصل لا يأتي إلا في سنة أخرىٰ ، قال : ولعل المراد أن يخلىٰ بينها وبينه في ذلك الفصل فقط قدر تلك المدة[1] .

قال : (**ولو رضيت بعدها به. . بطل حقها**) كسائر العيوب ، وهـٰذا بناء علىٰ أنه فوري ، وفيه الوجه المتقدم .

وقوله : (بعدها) زيادة علىٰ « المحرر » ، وهي حسنة ؛ فإنها إذا رضيت في أثناء المدة أو قبل ضربها. . لم يبطل حقها في الجديد ، ولها الفسخ بعد المدة ؛ لأنها

---

(١) في هامش (ز) : (أي : يمتنع انعزالها فيه ، بخلاف غيره من الفصول لا يمتنع انعزالها) .

رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط كالعفو عن الشفعة قبل البيع ، وهـٰذا بخلاف النفقة إذا أعسر بها الزوج ورضيت به . . كان لها الفسخ ؛ لتجدد الضرر ، وكذا في الإيلاء ، وفي الإجارة إذا انهدمت الدار فلم يفسخ في الحال ورضي به . . كان له الفسخ بعده ؛ لتجدد الضرر ، ولا يسقط الحق بالرضا[1] .

قال : (**وكذا لو أجلته على الصحيح**) أي : زمناً آخر بعد المدة فيبطل حقها بهـٰذا التأخير ؛ لأنه على الفور .

والثاني : لها العود إلى الفسخ متىٰ شاءت كإمهال رب الدين بعد حلول الأجل .

فروع :

الأول : إذا فسخت بالعنة فهل لها كل المهر أو نصفه أو لا شيء . . أقوال أصحها ثالثها ؛ لأنه فسخ قبل الدخول .

الثاني : إذا ادعت امرأةُ الصبي والمجنون العنة . . لم تسمع دعواها ولم تضرب مدة ؛ لأن المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله ، فقولهما ساقط .

ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي . . أجِّل ، ولم يثبته عامة الأصحاب قولاً ، وقالوا : غلط المزني ، وإنما قال الشافعي : إن لم يجامعها الخصي . . أجِّل .

الثالث : إذا ادعت الإصابة وأقامت شاهداً واحداً علىٰ مشاهدتها أو علىٰ إقراره بها . . حلفت معها ؛ لأن مقصودها المال ، ولو ادعاها الزوج وأقام بها شاهداً واحداً . . لم يحلف معه[2] .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (المذهب في انهدام الدار : الانفساخ لا ثبوت الخيار ، والرافعي في آخر « الإجارة » ذكر قاعدة وهي : ما إذا أجاز العقد لنقص حدث ثم أراد أن يفسخ ، فإن كان النقص بحيث لا يرجىٰ زواله كانقطاع ماء الأرض الذي لا يرجىٰ عوده . . فلا فسخ له بعد رضاه ، وإن كان يرجىٰ زواله . . فله الفسخ بعد الرضا ؛ لتجدد الضرر كمسألة الإيلاء والإعسار بالنفقة ، وكذا لو اشترىٰ عبداً فأبق قبل القبض وأجاز المشتري . . فله الفسخ ما لم يرجع العبد ، فيه نظر ، والله أعلم) .

(٢) في هامش (د) : (أي : ولا بد من شاهدين ، والفرق بينها وبينه : أن مقصودها المال وهو=

وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ ، أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ ، أَوْ غَيْرُهُمَا فَأُخْلِفَ . . فَٱلأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلنِّكَاحِ ، . . . .

قال : (**ولو نكح وشرط فيها إسلام ، أو في أحدهما نسب أو حرية ، أو غيرهما فأُخلِف . . فالأظهر : صحة النكاح**) ؛ لأن خلف الشرط في البيع لا يوجب فساده ، والبيع عرضة للفساد بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولىٰ ، وهـٰذا هو الجديد ، وبه قال أبو حنيفة والمزني .

والثاني ـ وهو قديم وجديد ـ : أن النكاح لا يصح ؛ لأن النكاح يعتمد الصفات والأسماء دون التعيين والمشاهدة ، فيكون اختلاف الصفة كاختلاف العين .

والقولان فيما إذا شرطت حريته فبان عبداً مفروضان فيما إذا كان السيد أذن له في النكاح ، وإلا . . لم يصح النكاح ؛ لعدم الإذن[1] ، وفيما إذا شرط حريتها فخرجت أمة مفروضان فيما إذا أذن السيد في نكاحها ، وكان الزوج ممن يحل له نكاح الأمة ، فإن فقد أحد هـٰذين الشرطين . . لم يصح النكاح بلا خلاف .

وصحح في « أصل الروضة » فيما إذا شرط حريتها فبانت أمة ثبوت الخيار إذا كان حراً دون ما إذا كان عبداً[2] .

وقوله : (أو غيرهما) أي : سواء كان وصف كمال أو نقص ، أو خال عنهما كعلم وشباب وجمال وطول ويسار وبياض وبكارة وأضدادها .

= يثبت بالشاهد واليمين ، وليس مقصود الزوج المال ، بل إما إيجاب العدة وإما غيرها ، فلا بد من شاهدين) .

(١) في هامش (ز) : (وقال الفارقي : المسألة مفروضة فيما إذا عينت الزوج وشرطت صفته . وكذا قال صاحب « الوافي » : إن محل الخلاف فيما إذا أذنت في التزويج من معين لـٰكنه متصف بصفة مخصوصة ، فخرج على خلافها بطل العقد قطعاً ، وتعليل « المهذب » يرشد إليه) .

(٢) في هامش (ز) : (وإن شرطت حريته فخرج عبداً وهي حرة . . فلها ولأوليائها الخيار ، أو أمة . . فوجهان ، وقيل : يثبت قطعاً ، قال الإمام والمتولي : والخيار لسيدها دونها عكس العيوب ؛ لأن له إجبارها على نكاح عبد لا معيب) .

ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْراً مِمَّا شُرِطَ . . فَلاَ خِيَارَ ، وَإِنْ بَانَ دُونَهُ . . فَلَهَا ٱلْخِيَارُ ، وَكَذَا لَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

ونص الشافعي في « الأم » علىٰ أنه لا خيار للزوج إذا شرط شيئاً من ذلك ، قال : ومن شرط ذلك : فقد ظلم نفسه[1] . اهـ

والظاهر : أن الخيار يختص باختلاف شروط الكفاءة لا مطلقاً .

واحترز بما إذا شرط الإسلام فيها عن شرطه فيه وهي مسلمة[2] ؛ فلا يصح جزماً إذا أخلف ، ولو شرطت حريته فخرج مبعضاً . . فالذي يظهر أنه كما لو خرج عبداً .

قال : (**ثم إن بان خيراً مما شرط . . فلا خيار**) ؛ لأنه أفضل كما لو شرط أنها كتابية فخرجت مسلمة ، أو أمة فكانت حرة ، أو ثيب فبانت بكراً .

قال : (**وإن بان دونه . . فلها الخيار**) ؛ للخلف ، وعبارته تشمل ما إذا بان دون الشرط مطلقاً .

والأظهر في « الروضة » و« الشرح الصغير » ـ وهو مقتضىٰ ما في « الكبير » ـ : أنها إذا شرطت نسباً شريفاً في الزوج فبان خلافه ، إن كان نسبه دون نسبها . . فلها الخيار ، وإن رضيت هي . . فلأوليائها الخيار ؛ لفوات الكفاءة ، وإن كان نسبه مثل نسبها أو فوقه إلا أنه دون المشروط . . فقولان :

أصحهما : لا خيار لها ؛ لأنها لا تتعير به .

والثاني : يثبت للتغرير وطمعها في زيادة شرفه ، ولولا ذلك . . لما اشترطته ، فلا فرق بين أن يكون فوق نسبها أو لا ، وكذلك لو شرطت أن يكون فقيهاً أو طبيباً أو نحو ذلك ، واختار الشيخ ما اقتضته عبارة الكتاب من ثبوت الخيار مطلقاً وفاقاً لما أطلقه المزني والقاضي أبو الطيب ، وحمل عبارة المصنف على العموم .

قال : (**وكذا له في الأصح**) ؛ قياساً على البيع[3] فثبت له إن كان دون نسبه ،

---

(١) في هامش (د) : (ليس الكلام هنا في ثبوت الخيار ، إنما الكلام في صحة النكاح ، فكان ينبغي تأخير ما نقله عن « الروضة » في مسألة الحر والعبد و« النص » إلى محله) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : دون ما إذا كانت كتابية) .

(٣) في (د) و(ز) : (قياساً علىٰ عكسه) .

وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ. . فَلاَ خِيَارَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

وإلا . . ففيه القولان .

والثاني : المنع ؛ لأن النكاح بعيد عن الخيار ، وإنما جرى الخلاف هنا لإمكان الفراق بالطلاق ، ولأنه لا يتضرر ولا يتعير بدناءة نسب الزوجة .

فرع :

تزوجها بشرط البكارة فوجدت ثيباً وقالت : كنت بكراً فزالت البكارة عندك ، وقال : كنت ثيباً . . أفتى البغوي بأن القول قولها بيمينها ؛ لدفع الفسخ ، ولو قالت : كنت بكراً فافتضضتني . . فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، والقول قوله بيمينه لدفع كمال المهر[1] ؛ يعني : إذا طلق أو فسخ ، أو قلنا : إن النكاح باطل وكان لم يدخل بها حتىٰ لا يطالب بالشطر ولا بالجميع .

وأما إذا ظن بكارتها فإذا هي ثيب . . فقال الغزالي : لا يبعد إثبات الخيار ؛ لأن النفرة هنا أعظم مما سيأتي بعده .

قال : (**ولو ظنها مسلمة أو حرة فبانت كتابية أو أمة وهي تحل له . . فلا خيار في الأظهر**) أي : في الصورتين ؛ لأن النكاح بعيد عن الخيار ، والظن لا يثبت الخيار كما لو ظن العبدَ المبيعَ كاتباً .

والثاني : يثبت ؛ لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية .

وقيل : يثبت بإخلاف ظن الإسلام دون الحرية ، وهو النص فيهما .

والفرق : أن ولي الكافرة كافر ، وللكافر علامة يتميز بها ، فخفاء الحال عن الزوج إنما يكون بتلبيس الولي ، وولي الرقيقة لا يتميز عن ولي الحرة فلا تغرير ، بل الزوج هو المقصر .

---

(١) في هامش (ت) : (ولو قالت : أنت أزلتها ، وأنكر . . صدقت هي ، لدفع الفسخ ، وهو لدفع نصف المهر . اهـ « أنوار ») .

وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْءاً فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ أَوْ حِرْفَتِهِ.. فَلاَ خِيَارَ لَهَا . قُلْتُ : وَإِنْ بَانَ مَعِيباً أَوْ عَبْداً.. فَلَهَا ٱلْخِيَارُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَمَتَىٰ فُسِخَ بِخُلْفٍ.. فَحُكْمُ ٱلْمَهْرِ وَٱلرُّجُوعِ بِهِ عَلَى ٱلْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي ٱلْعَيْبِ ، وَٱلْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ ٱلْعَقْدَ . . . .

قال : (**ولو أذنت في تزويجها بمن ظنته كفءاً فبان فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته.. فلا خيار لها**) ؛ لأنه لم يجر شرط ، والتقصير منها ومن الولي حيث لم يبحثا ، وحكى الإمام الاتفاق عليه ، وليس هـٰذا كظن السلامة من العيب ؛ لأن الظن هناك ينبني علىٰ أن الغالب السلامة ، وهنا لا يمكن أن يقال : إن الغالب كفاءة الخاطب .

قال : (**قلت : وإن بان معيباً أو عبداً.. فلها الخيار والله أعلم**) أما المعيب.. فكما سبق، وأما العبد.. فلأن نقص الرق مؤثر في حقوق النكاح ؛ لما لسيده من منفعة منها بالخدمة ، ولا يلزمه إلا نفقة المعسرين ، ولما يلحق الولد من العار برق الأب ، وهـٰذه الزيادة كان تركها أولىٰ ؛ فإن المعيب قد علم من أول الباب ثبوت الخيار به .

وأما العبد.. فبناه علىٰ ما نقله في زوائد « الروضة » عن « فتاوى ابن الصباغ » ، وبه جزم الماوردي في « الإقناع » ، لـٰكنه مخالف لنص « الأم » و« البويطي » ؛ فإنه قال فيهما : وإذا تزوج العبد المرأة ولم يذكر لها الحرية ولا غيرها فقالت : ظننتك حراً.. فلا خيار لها[1] .

قال : (**ومتىٰ فسخ بخلف.. فحكم المهر والرجوع به على الغارّ ما سبق في العيب**) فإن كان قبل الدخول.. سقط المهر ، أو بعده.. وجب مهر المثل على الأصح ، ولا يرجع الزوج على الغار على الأظهر .

وكذا الحكم في النفقة والكسوة في مدة العدة ، وكذا السكنىٰ علىٰ ما سبق عند قول المصنف : (والفسخ قبل الدخول يسقط المهر) .

قال : (**والمؤثر تغرير قارن العقد**) بأن كان مشروطاً فيه ؛ لأن الشروط إنما تؤثر

---

(١) في هامش (ز) : (قال البلقيني : وهـٰذا هو المعتمد والصواب ؛ لأنها قصرت بترك البحث ، فالمعتمد نص صاحب المذهب) .

في العقود إذا ذكرت في صلبها ، وأما التغرير السابق . . فلا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار على الصحيح .

وفي وجه : أن السابق كالمقارن ، وقد سبق ذلك في (نكاح المحلل) ، واستدل له الإمام بنص الشافعي علىٰ أن التغرير من الأمة يثبت هـٰذه الأحكام ، فاقتضىٰ أن التغرير لا يراعىٰ ذكره في العقد[1] .

قال : (**ولو غُرَّ بحرية أمة وصححناه . . فالولد قبل العلم حر**) وإن كان الزوج عبداً ؛ لاعتقاد حريتها ، فاعتبر ظنه كما لو وطىء أمة الغير علىٰ ظن أنها زوجته الحرة ، وخالف القفال فقال : حديث النفس لا تتغير به الأحكام ، كذا نقله عنه ابن الصلاح في « رحلته » .

ولا فرق في ذلك بين أن يجيز العقد أو يفسخه ؛ لاستوائهما في الظن ، والمشهور : أنه ينعقد حراً وعن أبي علي ينعقد رقيقاً ثم يعتق على المغرور .

وقال أبو حنيفة : إن كان الزوج عبداً . . فأولاده أرقاء .

واحترز المصنف بقوله : (فالولد قبل العلم حر) عن الولد الحاصل بعد العلم ؛ فإنه رقيق .

وقوله : (وصححناه) قيد مضر ؛ فإن الولد حر ، صححنا النكاح أو أفسدناه ؛ للتعليل السابق .

---

(١) في هامش (ز) : (المراد : التأثير في بطلان النكاح على قول ، وثبوت الخيار على الأظهر ، أما بالنسبة إلى الرجوع بالمهر على القديم . . فالتغرير السابق منه كالمقارن ، قاله الغزالي .
وقال الإمام : لا يشترط وجوده بين الإيجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد ، وإنما يشترط اتصاله بالعقد ، فلو قال : هي حرة ترغيباً في نكاحها ثم تزوجها بوكالة متصلاً . . فتغرير ، فلو لم يقصد الترغيب ثم اتفق العقد بعد أيام . . فلا ، فإن قاله لا لترغيب واتصل أو لترغيب وتراخى . . ففيه تردد .
قال الرافعي : ويشبه أن لا يعتبر الاتصال كلإطلاق الغزالي .
والفرق بين بطلان العقد والرجوع : أن باب الضمان أوسع ، بدليل رجوعه على قول بمجرد السكوت ، وزاد ابن الرفعة التفرقة التي ذكرها الإمام بكلام مبسوط) .

قال : (**وعلى المغرور قيمته لسيدها**) ؛ لأنه فوت ماليته على السيد بظنه .

وفي قول أو وجه : لا شيء عليه ؛ لأنه لم يتلف مالاً ، وإنما منع المالية والمغرور معذور في ظنه الحرية .

وإذا أوجبنا القيمة ، فإن كان المغرور حراً . . فهي في ماله ، وإن كان عبداً . . فالأصح : أنها تتعلق بذمته ؛ لأنه لا جناية منه .

والثاني : تتعلق برقبته .

والثالث : بكسبه .

وتعتبر القيمة يوم الولادة ؛ لأنه أول أحوال إمكان التقويم ، وعن أبي حنيفة : تعتبر يوم المحاكمة ، حتىٰ لو ماتوا قبله . . لم يجب شيء .

لـٰكن يستثنىٰ ما إذا كان الزوج عبداً[(١)] ، وما إذا كانت هي الغارّة وكانت مكاتبة وقلنا : قيمة الولد لها كما قاله الرافعي في آخر المسألة الرابعة ؛ لأنه لو غرم . . لرجع عليها .

واستثنى البارزي في « التمييز » ما إذا كان السيد أباً للزوج ، ولا يستثنىٰ ؛ فإن الأصح في (باب العتق) من « الشرح » و« الروضة » لزوم القيمة أيضاً ، خلافاً للشيخ أبي علي .

قال : (**ويرجع بها على الغارّ**) ؛ لأنه لم يدخل في العقد علىٰ أنه يضمنها ، وادعى الإمام فيه الإجماع ، وفيه قول حكاه ابن خيران وابن الوكيل[(٢)] : أنه لا رجوع

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (أي : لسيد الأمة ؛ لأن السيد لا يجب له على عبده مال ابتداء ولا دواماً على الأصح وإن كان فيها تناقض .
أما إذا لم يكن الزوج عبداً لسيد الأمة . . فإنه يغرم القيمة ، لـٰكن بعد العتق على الأصح ، وإذا غرم . . رجع .
والسبكي إنما ذكر مسألة رجوع العبد في الكلام علىٰ قول « المنهاج » : « ويرجع بها على الغار ») .

(٢) في (ت) : (حكاه ابن كج) .

وَٱلتَّغْرِيرُ بِٱلْحُرِّيَّةِ لاَ يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ مِنْهَا . . تَعَلَّقَ ٱلْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا ـ . . . .

كالمهر ، ثم إنما يرجع إذا غرم ، وقيل : له الرجوع قبله .

قال : (**والتغرير بالحرية لا يتصور من سيدها**) ؛ لأنه إذا قال : هي حرة ، أو زوجتها علىٰ أنها حرة . . عتقت ، وخرجت الصورة عن أن يكون نكاح غرور ، وكذا قاله الشيخان ، واعترضهما ابن الرفعة بأن هٰذا يفهم أنه صريح في إنشاء العتق ، وفيه نظر إن لم يقصده به ، لأن هٰذه صيغة وصف لا إنشاء[1] ، فكيف يجعل إنشاء من غير قصد؟!

ثم ما ذكروه من عدم التصوير من السيد ممنوع ، فذلك ممكن في صور كما إذا رهنها وهو معسر ثم أذن له المرتهن في تزويجها ، وكذا لو كانت جانية[2] وهو مفلس أو محجور عليه بفلس وأذن له الغرماء[3] ، وكذا لو كان اسمها حرة ، أو كان مكاتباً وزوجها منه بإذن السيد ، أو زوجها المشتري قبل القبض وقلنا : لا ينفذ عتقه حينئذ .

وصوره الجيلي بأن يقول السيد : هٰذه أختي ، وفيه نظر ؛ فإنه لا يدل على الحرية ؛ لجواز كونها ملكه وهي أخته ، وإن كان يغلب على الظن حريتها . . فهو من قبيل ظن الحرية من غير شرط .

قال : (**بل من وكيله أو منها**) ؛ لانتفاء المحذور المذكور ، وقد يكون منها ومن الوكيل جميعاً ، وهو يدخل في عبارة المصنف ؛ لأن (أو) لا تمنع الجمع ولا غيره ، فإذا غرا جميعاً . . فالرجوع عليهما ، وفي كيفيته وجهان :

أحدهما : يرجع بالجميع علىٰ من شاء منهما .

وأقربهما : يرجع بالنصف على الوكيل في الحال ، وعليها بعد العتق .

قال : (**فإن كان منها . . تعلق الغرم بذمتها**) فتطالب به إذا عتقت ؛ لأنه لا مال لها

---

(١) في هامش(ز) : (وقد يكون الوصف صحيحاً إن سبقته الحرية ، وقد لا تسبقه) .

(٢) في هامش (ز) : (وزاد في « التنقيح » أخرىٰ : وهي مالو كان مالكها سفيهاً وزوجها بإذن وليه) .

(٣) في هامش (د) و(ز) : (أي : وأذن المجني عليه في تزوجها) .

في الحال ، ولا يتعلق بكسبها ؛ لأن السيد لم يأذن في ذلك ، ولا برقبتها ؛ لأن ذلك إنما يكون في بدل المتلفات ولم يوجد منها إتلاف ، هـٰذا هو المذهب المشهور .

وعن الموفق بن طاهر حكاية وجه غريب : أن حق الرجوع يتعلق برقبتها ؛ لأنها متسببة في التفويت .

واستثنىٰ في « الأم » و« المختصر » المكاتبة ؛ فإنه يرجع عليها في الحال لأنه كجنايتها .

وسكت المصنف عما إذا كان التغرير من الوكيل ؛ لوضوحه وعما إذا كان من السيد ولا شيء له ؛ لأنه الذي أتلف[1] .

قال : (**ولو انفصل الولد ميتاً بلا جناية . . فلا شيء فيه**) ؛ إذ لا قيمة له في ذلك الوقت[2] ، قال الرافعي : وحكينا فيما إذا وطىء الغاصب أو المشتري منه الجارية

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (المصنف يذهب إلىٰ أنه لا يتصور التغرير بالحرية من السيد فكيف يقال : سكت عما إذا كان التغرير من السيد؟ فكان ينبغي أن يقول : وإن كان التغرير من السيد على ما صورناه . . فلا شيء على المغرور ؛ لأنه لو غرم له . . لرجع بها عليه ، ولا معنىٰ للغرم له والرجوع عليه) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (أما إذا انفصل بجناية أجنبي . . فعلىٰ عاقلته الغرة ، ثم قيل : لا يغرمه المغرور ؛ لأنه لا قيمة له ، والغرة للورثة ، والأصح : أنه يغرمه ، وفيما يقوم به وجهان :

أصحهما : بعشر قيمة الأم ، ولو قتل آخذ الغرة . . فمحل الغرم علىٰ هـٰذا المغرور ، والغرة للورثة .

والثاني : بالأقل منه ومن قيمة الغرة ، أو ما يخصه منها بالإرث إن شاركه فيها غيره وهو خمسة أسداسها ؛ إذ لا يتصور أن يشاركه إلا أم الأم ، ومحل الغرم على هـٰذا : الغرة فيتوقف علىٰ أخذها ليغرم منها .

وإن انفصل بجناية المغرور . . فعلىٰ عاقلته الغرة ، ولا يرث منها شيئاً ؛ لأنه قاتل ، ولا يحجب من بعده .

ثم إن أوجبنا تمام العُشر . . لزم ذلك المغرور ، والغرة للورثة ، وإن أوجبنا الأقل . . أخذه السيد من الغرة ، فما فضل للورثة ، وفي المسألة بسط وبقية أحوال) .

وَمَنْ عَتَقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ . . تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ ٱلنِّكَاحِ ، . . . .

المغصوبة عن جهل بالتحريم وأحبلها وانفصل الولد ميتاً وجهاً : أن قيمته تجب لو كان حياً ؛ لأن الظاهر الحياة ، فليجر هنا قال القَمُولي : وهو ظاهر النص هناك ، واختاره جماعة .

فرع :

الأصح : أن خيار الغرور على الفور كخيار العيب ، وقيل : تجري فيه الأقوال التي سنذكرها في خيار العتق .

قال البغوي : وإذا أثبتنا الفسخ . . انفرد به من له الخيار ، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع ، قال الرافعي : لٰكن هٰذا الخيار مختلف فيه ، فليكن كخيار عيب النكاح .

قال : (**ومن عتقت تحت رقيق أو من فيه رق . . تخيرت في فسخ النكاح**) .

من أسباب الخيار حدوث عتق المنكوحة ، فإذا عتقت الأمة تحت عبد . . ثبت لها الخيار ؛ لما روى البخاري [٢٥٣٦] ومسلم [١٥٠٤] وغيرهما : أن بريرة عتقت . . فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان فيها ثلاث سنين ، وكان زوجها عبداً ، قال ابن عباس : كان عبداً أسود يقال له مغيث ، كأني أنظر إليه يطوف وراءها في سكك المدينة ، وأنه كلم العباس ليكلم فيه النبي صلى الله عليه وسلم .

قال الشيخ : وأنا أعجب من قول ابن عباس هٰذا مع ما جاء في قصة الإفك من قول علي : سل الجارية . . تصدقك ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أي بريرة . . . » كذا في « البخاري » [٢٦٦١] وغيره في جميع طرق حديث الإفك ، واحتمال كون بريرة هٰذه أخرىٰ بعيد ، وقصة الإفك قبل الفتح بزمان طويل ، وابن عباس إنما قدم المدينة بعد الفتح ، وأبوه قبل الفتح في نوبة الأسارىٰ ، فلعل بريرة كانت تخدم عائشة قبل شرائها إياها ، أو أنها اشترتها وتأخر عتقها إلىٰ بعد الفتح ، أو دام حزن زوجها عليها هٰذه المدة الطويلة .

وأجمع أهل النقل علىٰ أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها ، وأنها اختارت

. . . .

نفسها ، وشفع عندها النبي صلى الله عليه وسلم فيه فقال : « زوجك وأبو ولدك » فقالت: يا رسول الله ؛ أتأمرني؟ قال : « لا ، ولـٰكني أشفع » قالت : لا حاجة لي فيه[1] .

ولذلك أجمعوا علىٰ أن الأمة إذا عتقت تحت رقيق . . تخيرت ، وإذا عتقت تحت من فيه رق . . ملحق به ؛ لأن نقص الرق باق ، وأكثر أحكام الرق جارية عليه ، ولا فرق بين قليل الرق وكثيره .

ومفهوم كلام المصنف : أنها إذا عتقت تحت حر لا خيار لها ، وهو كذلك عندنا وعند الجمهور ، وقال أبو حنيفة : لها الخيار .

لنا : أن الكمال الحادث لها حاصل للزوج ، فأشبه ما إذا أسلمت كتابية تحت مسلم ، وقال البخاري : رواية من روىٰ أن زوجها كان عبداً أصح من رواية من روىٰ أنه كان حراً .

وشملت عبارة المصنف المكاتب والمدبر ومعلق العتق بصفة ، وهو كذلك ، واحترز بها عما إذا عتقا معاً ؛ فإنه لا خيار لها ، لأنه وقت عتقها كان حراً ، ولو كان الزوج طلقها رجعياً ثم عتقت في العدة . . فلها الفسخ ، لدفع سلطنة الرجعة وتطويل الانتظار .

تنبيهان :

أحدهما : يستثنىٰ من إطلاق المصنف إذا زوج أمته بعبد غيره وقبض الصداق وأتلفه ثم أعتقها في مرض موته ، أو أوصىٰ بإعتاقها وعتقت قبل الدخول وهي ثلث ماله . . فليس لها خيار العتق ؛ لأنها لو فسخت النكاح . . لوجب رد مهر المثل من تركة السيد ، ولو رد ذلك . . لما خرجت هي من الثلث ، وإذا بقي الرق في البعض . . لم يثبت لها الخيار ، فإثبات الخيار يؤدي إلىٰ عدم إثباته فيمتنع من أصله ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق .

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٨٣) ، وابن حبان (٥١٢٠) ، وأحمد (١/ ٢١٥) ، والدارقطني (٣/ ٢٨٨) .

الثاني : لو عتق بعدها وقبل اختيارها الفسخ . . مقتضىٰ عبارته ثبوت الخيار لها ، والأظهر : سقوطه ، ولو مات . . انقطع خيارها ، ولم يذكروه ؛ لوضوحه .

وظاهر إطلاقه أنه لا يحتاج في هـٰذا الفسخ إلىٰ حاكم ، وهو كذلك ؛ لثبوته بالنص ، وفي « التلقين » لابن سراقة : يفسخه الحاكم إذا اختارت فراقه .

قال : (**والأظهر : أنه على الفور**) كخيار العيب في البيع والشفعة .

والثاني : يمتد ما لم يمسها أو يختاره ؛ لأن بريرة كان زوجها يطوف ويترضاها ويستشفع إليها فلم تختره ، وقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « إن قربك . . فلا خيار لك » رواه أبو داوود [٢٢٢٩] .

وفي « سنن النسائي » [سك ٤٩١٦] عن عمرو بن أمية الضمري عن رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : (أيما أمة كانت تحت عبد فعتقت . . فهي بالخيار ما لم يطأها زوجها) ، ورواه الشافعي في « الأم » عن ابن عمر وشقيقته حفصة ، وأنها أفتت بذلك ، ثم قال : وبهـٰذا نأخذ ، قال ابن عبد البر : لا أعلم لهما مخالفاً من الصحابة ، ولهـٰذا قال المحاملي في « المجموع » : إن هـٰذا هو الصحيح ، وقال ابن الصباغ : إنه ظاهر السنة ، ورجحه صاحب « البيان » وابن أبي عصرون وابن عبد السلام ، واختاره الشيخ .

فعلىٰ هـٰذا : إذا قال الزوج : أصبتها وأنكرت . . ففي المصدق منهما وجهان حكاهما ابن كج ، ولم يرجح الشيخان منهما شيئاً ، قال في « المهمات » : والأقيس تصديق الزوج .

والثالث : أن خيارها يمتد ثلاثة أيام ؛ لما روي : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ لبريرة بالخيار ثلاثاً) كذا استدل به ابن الرفعة ، ولأنه يحتاج إلىٰ تأمل ، وهي مدة مغتفرة شرعاً ، وابتداؤها من العلم بالخيار .

وعلى المذهب وغيره : تستثنى الصغيرة والمجنونة ؛ فإن خيارهما يتأخر إلىٰ زوال المانع ، وفي كونه على الفور إذ ذاك الأقوال الثلاثة ، وله الوطء في حال صغرها وجنونها على الصحيح ، ولا يختار الولي فسخاً ولا إجازة ؛ لأنه خيار شهوة .

فَإِنْ قَالَتْ : جَهِلْتُ ٱلْعِتْقَ . . صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إِنْ أَمْكَنَ ، بِأَنْ كَانَ ٱلْمُعْتِقُ غَائِباً ، وَكَذَا إِنْ قَالَتْ : جَهِلْتُ ٱلْخِيَارَ بِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ . . فَلاَ مَهْرَ ، . . . .

قال : (**فإن قالت : جهلت العتق . . صدقت بيمينها إن أمكن بأن كان المعتق غائباً**) ؛ لأن ظاهر الحال يصدقها ، فإن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها . . فالمصدق الزوج .

وعبارة « المحرر » و« الروضة » : صدقت إن لم يكذبها ظاهر الحال ، وهي أحسن ؛ فإن الإمكان موجود في الحالتين[1] .

قال : (**وكذا إن قالت : جهلت الخيار به في الأظهر**) ؛ لأن هـٰذا لا يعلمه إلا الخواص .

والثاني : لا تصدق ، ويبطل الخيار كالمشتري إذا قال : لم أعلم أن العيب يثبت الخيار في المبيع .

فإن ادعت الجهل بالفور . . قال الغزالي : لا تعذر ، قال الرافعي : ولم أرها لغيره .

نعم ؛ ذكرها العبادي في « الرقم » فقال : إن كانت قديمة الإسلام وخالطت أهله . . لم يقبل ، وإلا . . فقولان ، قال في « المهمات » : وقياس نظائر المسألة الفرق بين من يخفىٰ عليه ذلك أو لا .

قال : (**فإن فسخت قبل وطء . . فلا مهر**) ؛ لأن الفسخ من جهتها ، وفي « سنن البيهقي » عن ابن عباس أنه قال : (لا يجمع عليه فراقها وذهاب ماله) .

وشبهه الماوردي بما إذا قال لزوجته قبل الدخول : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئت . . فإنها تطلق ولا مهر لها ، وهـٰذا وجه ضعيف ، وكما لا يجب هنا مهر . . لا متعة .

---

(١) في هامش (ز) : (وخص الماوردي الخلاف بمن يحتمل صدقها وكذبها ، أما من علم صدقها كالعجمة . . فقولها مقبول قطعاً ، ومن علم كذبها بمخالطة الفقهاء . . فقولها غير مقبول قطعاً) .

وَبَعْـدَهُ : بِعِتْـقٍ بَعْـدَهُ . . وَجَـبَ ٱلْمُسَمَّـىٰ ، أَوْ قَبْلَـهُ . . فَمَهْـرُ مِثْـلٍ ، [وَقِيـلَ : ٱلْمُسَمَّىٰ] ، وَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ . . فَلاَ خِيَارَ . . . .

وعلم من مجموع ما تقدم : أن للزوج الوطء قبل الفسخ ، ولا خلاف فيه .

قال : (**وبعده : بعتق بعده**) أي : بعد الوطء (. . **وجب المسمىٰ**) ؛ لاستقراره بالوطء ، ونقل الإمام الاتفاق عليه .

وصورة المسألة : أمة تزوجت بعبد ثم عتقت ، فاختارت الفسخ بعد أن دخل بها . . فالمسمىٰ قد وجب واستقر بالدخول المتقدم على العتق ، فلا يتغير حكمه .

قال : (**أو قبله . . فمهر مثل ، [وقيل : المسمىٰ]**) صورتها : أمة متزوجة بعبد ، فعتقت ولم تعلم بالعتق حتىٰ وطئت ، ثم علمت ففسخت . . ففيه وجهان لا ترجيح فيهما في « الشرحين » :

أحدهما : يجب مهر المثل ؛ لأن الفسخ يستند إلىٰ حالة العتق ، فكأنه وطء في نكاح فاسد .

والثاني : يجب المسمىٰ ، واختاره جماعة ؛ لأنه فسخ بسبب طارىء ، ولأن المهر للسيد لا لها ، وهو بالإعتاق محسن إليها ، فينبغي أن لا ترد بالإعتاق إلىٰ مهر المثل .

قال : (**ولو عتق بعضها أو كوتبت أو عتق عبد تحته أمة . . فلا خيار**) .

أما في الأولىٰ . . فلبقاء أحكام الرق عليها ، خلافاً للمزني .

وصورة عتق بعضها : أن يكون المعتق معسراً ، وإلا . . فالموسر يعتق عليه الجميع .

وأما الثانية : فلكمال الرق ، وكذا لو دبرت أو علق عتقها أو استولدت ، والمزني مخالف في المسألتين .

واحترز بقوله : (كوتبت) عما إذا زوجت بعبد وهي مكاتبة فعتقت تحته ؛ فإنه يثبت لها الخيار كما نقله أبو الفرج الزاز في « تعليقه » .

وإذا عتق العبد وتحته أمة . . فلا خيار على المشهور ؛ لأن المعتمد الحديث ،

. . . .

وليس الرجل كالمرأة ، ولأن الحر لو تزوج امرأة فبانت أمة . . فلا خيار له ، والمرأة لو تزوجت رجلاً فبان عبداً لها الخيار ، والدوام كالابتداء .

تتمة :

يحل للزوج جميع الاستمتاعات كالقبلة والمعانقة والمضاجعة والمفاخذة واللمس والنظر ، والوطء علىٰ أي حالة كانت قائمة أو قاعدة أو مضطجعة ، ويستثنى النظر إلى الفرج ؛ فإنه منهي عنه كما تقدم ، والإتيان في الدبر حرام ملعون فاعله ، وفي العزل عن الزوجة أربعة أوجه :

أصحها : الجواز ، لـٰكن يكره كراهة تنزيه ، والأولىٰ تركه على الإطلاق ، ولا يحرم في السرية بلا خلاف صيانة للملك .

وقيل : يحرم في الزوجة مطلقاً ، وقيل : يحرم بغير إذن ، وقيل : يحرم في الحرة دون غيرها .

قال الرافعي : والاستمناء باليد نقل عن أحمد الترخيص فيه ، وذكر القاضي ابن كج أن فيه توقفاً في القديم ، والمذهب الظاهر : تحريمه ؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال : « ملعون من نكح يده »[1] واحتج له أيضاً بقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ﴾ إلىٰ قوله : ﴿ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ﴾ وهـٰذا مما وراء ذلك .

ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته كما يستمتع بسائر بدنهما ، ولا بأس أن يطوف علىٰ إمائه بغسل واحد ، لـٰكن يستحب أن يخلل بين كل وطأتين وضوءاً وغسل الفرج ، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنهن ، وأما حديث « الصحيحين » [خ ٢٨٤ـ م ٣٠٩] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف علىٰ نسائه بغسل واحد) فمحمول علىٰ إذنهن .

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٣/ ١٨٨) .

فَصْلٌ :

يَلْزَمُ ٱلْوَلَدَ إِعْفَافُ ٱلأَبِ وَٱلأَجْدَادِ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ ؛ . . . .

ويكره أن يطأ واحدة بحضرة أخرىٰ ، وأن يكونا متجردين ، وأن يتحدث بما جرىٰ بينه وبين زوجته وأمته .

وتسن ملاعبة الزوجة إيناساً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسدة ، ويستحب أن لا يعطلها ، وأن لا يطيل عهده بالجماع من غير عذر ، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره .

والسنة أن يقول عند الجماع : باسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا .

ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها ، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز ، ولا يكره وطء المرضع والحامل ، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرىٰ لزوجها من غير حاجة .

وقال في « الإحياء » : يكره الجماع في الليلة الأولىٰ من الشهر والأخيرة منه وليلة نصفه ؛ فيقال : إن الشيطان يحضر الجماع في هـٰذه الليالي .

وأفتى ابن عبد السلام(١) بأنه لا يحل للمرأة أن تستعمل دواء يمنع الحبل ، وكذا أفتىٰ به الشيخ عماد الدين بن يونس ، قال : ولو رضي به الزوج .

ويجوز له وطء زوجته وأمته في الموضع الذي يعلم أنه يدخل عليه وقت الصلاة ويخرج ولا يجد ما يغتسل به ، ولا يمنعه من ذلك علمه بأنها لا تغتسل عقبه وتؤخر الصلاة عن وقتها .

وكره أحمد الوطء في السفينة ؛ لأنها تجري علىٰ كف الرحمـٰن .

قال : (**فصل** :

يلزم الولد إعفاف الأب والأجداد على المشهور) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وفي ترك الإعفاف تعريض للزنا ، وذلك غير لائق بحرمة الأبوة ، ولأنه

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (سيأتي هـٰذا الفرع في أواخر « كتاب الاستبراء ») .

بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ ، أَوْ يَقُولَ : انْكِحْ وَأُعْطِيَكَ الْمَهْرَ ، أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ وَيُمْهِرَ ، أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً أَوْ ثَمَنَهَا ، . . . .

من حاجاته المهمة ، فوجب على الولد القيام به كالنفقة والكسوة .

وعن ابن خيران تخريج قول : إنه لا يجب ، وبه قال أبو حنيفة والمزني ؛ لأنه من التلذذ كأكل الفاكهة والحلوىٰ ، وكما أن الابن لا يجب إعفافه بالاتفاق .

وحكى الدارمي وجهاً : أنه يجب إعفاف الأب دون الجد ، وعلى المذهب : المراد الأجداد من الجهتين وإن علوا .

ولو كان الأب كافراً . . ففي وجوب إعفافه وجهان : أصحهما : يجب كما تجب نفقته ، فكل من وجبت نفقته . . وجب إعفافه .

وقيل : لا تجب نفقة الكافر ؛ إذ لا حرمة له .

ولا يجب إعفاف الأم ، قال الإمام : بل لا يتصور ؛ إذ لا مؤنة عليها في النكاح .

قال ابن الرفعة : وحكىٰ من لا يوثق به فيه وجهاً ، أشار بذلك إلى الجيلي ولم ينصفه في ذلك ؛ فقد حكى الوجه المذكور الجرجاني في « الشافي » ، لٰكنه غريب ، والفرق على المشهور : أن إعفاف الأب إكرام ، وإعفافها اكتساب فلم يجب عليه .

لٰكن يستثنىٰ من إطلاق المصنف الأب الرقيق ؛ فإنه لا يجب إعفافه .

ومن اجتمع له أصلان وقدر علىٰ إعفافهما . . وجب ، أو علىٰ إعفاف أحدهما فقط . . قدم العصبة ، وإن بعد كأب أبِ الأبِ علىٰ أب الأم ، فإن استويا كأب أم الأب وأب أب الأم . . أقرع ، وقيل : يقدمُ القاضي باجتهاده .

ومن له فرعان . . لزم الأقرب ، فإن استويا . . فالوارث كابن الابن مع ابن البنت ، فإن استويا . . وزع عليهما ، وفي « البحر » و« الحاوي » : يجب على البنين ، فإن تعذر . . فعلى البنات .

قال : (**بأن يعطيه مهر حرة** ، **أو يقول** : **انكح وأعطيك المهر** ، **أو ينكح له بإذنه ويمهر** ، **أو يملكه أمة أو ثمنها**)[1] هٰذه الطرق الخمسة كل منها يحصل به المقصود ،

---

(١) في هامش (ز) : (ولو تزوج الأب في يساره بمهر في ذمته ، ثم أعسر قبل دخوله وامتنعت=

ولا يلزمه تسليم الصداق إليه ، بل يقول : أنا أسوقه إلى الزوجة ، ولا فرق بين أن تكون الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية .

وعلم من قوله : (يملكه) أنه ليس له إنكاحه الأمةَ وهو الأصح ، والمراد : يملكه أمة تحل له بأن لا تكون موطوءة الابن ولا مجوسية ، ولا بد أن تكون ممن تعفه ، فلا تكفي الصغيرة ، ولا العجوز الشوهاء ، كما ليس له أن يعطيه في النفقة طعاماً فاسداً لا ينساغ .

والتخيير بين هـٰذه الخصال الخمس للمُطلَقِ التصرفِ ، أما غيره . . فعلىٰ وليه أن لا يبذل إلا أقل ما تندفع به الحاجة ، إلا أن يلزمه الحاكم بغيره ، وللابن أن لا يسلم المهر أو الثمن إلا بعد عقد النكاح أو الشراء .

قال : (**ثم عليه مؤنتهما**) كذا بخط المصنف بالتثنية ، والمراد : الأب والتي أعفه بها من زوجة أو أمة ، ويقع في بعض النسخ كما في « المحرر » بالإفراد ، وهو أحسن ؛ لأن مؤنة الأب ذكرها في (كتاب النفقات) ، ولأنه لا يلزم من إعفاف الأب وجوب نفقته ؛ لأنه قد يكون قادراً على النفقة دون النكاح ، وفي هـٰذه الحالة : الأصح : وجوب إعفافه ، وقيل : لا يجب ؛ لأن النفقة إذا سقطت . . سقط الإعفاف .

والمراد بـ(المؤنة) النفقة والكسوة[1] ، وقال البغوي : لا يلزمه الأدم ولا نفقة

= الزوجة حتى تقبض . . قال البلقيني : يجب على الابن دفعه ؛ لحصول الإعفاف بذلك وإن كان إنما وجب على الأب لوجود مقتضى الإعفاف ، والصرف للموجودة أولىٰ من السعي في أخرىٰ .

قال : وعلىٰ هـٰذا : لو تزوج في إعساره ولم يطالب الابن بالإعفاف ثم طالبه به . . فينبغي أن يلزم الابن القيام به ، لا سيما إذا جهلنا الإعسار وأرادت الفسخ .

قال : وحيث تزوج بعلم الابن حالة وجوب الإعفاف . . فهل يصح ضمان الابن المهر؟ يحتمل أن لا يصح للزومه له ، وأن يصح لأنه لا يتعلق بذمته ، حتىٰ لو أعسر . . ليس للمرأة أن تطالب بالمهر ، ولم أقف فيه على نقل ، ويحتمل تعلقه بالولد ولو أعسر) .

(١) في هامش (ز) : (قاله البلقيني في « التوشيح » ، قال : وأيضاً فقوله : « مؤنتهما » يقتضي =

وَلَيْسَ لِلأَبِ تَعْيِينُ ٱلنِّكَاحِ دُونَ ٱلتَّسَرِّي ، وَلاَ رَفِيعَةٍ . وَلَوِ ٱتَّفَقَا عَلَىٰ مَهْرٍ . . فَتَعْيِينُهَا لِلأَبِ . وَيَجِبُ ٱلتَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ أَوِ ٱنْفَسَخَ بِرِدَّةٍ أَوْ فُسِخَ بِعَيْبٍ ، . . . .

الخادم ؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار .

قال الرافعي : وقياس قولنا : إنه يتحمل ما لزم الأب لزومهما ؛ لأنهما يلزمان الأب مع إعساره ، وأما فطرتهما . . فتقدمت في بابها .

وتلزمه مؤنة مستولدة أبيه ، غير أنه لا يلزم إلا بمؤنة واحدة ، فلو كان للأب زوجتان . . أنفق علىٰ واحدة فقط ، وقيل : لا يلزمه شيء ؛ لأن المستحقة لم تتعين ، حكاه الرافعي في (النفقات) ، وعلى الصحيح : تقسم النفقة بينهما ، وقال ابن الرفعة من عند نفسه : يظهر أن تتعين الجديدة ؛ لئلا يثبت لها الخيار .

قال : (**وليس للأب تعيين النكاح دون التسري ، ولا رفيعة**) أي : بجمال أو شرف أو يسار ؛ لأن ذلك قد يضر بالولد ، والحاجة تندفع بغيرها كما أنه ليس له تعيين مفاخر الأطعمة والملبوس .

قال : (**ولو اتفقا علىٰ مهر . . فتعيينها للأب**) ؛ لأنه مطلق التصرف غير محجور عليه ، ولأنه لا غرض للابن في تعيينها ، وغرض الأب ظاهر .

قال : (**ويجب التجديد إذا ماتت أو انفسخ بردة أو فسخ بعيب**) كما لو دفع إليه النفقة فسرقت منه ، وكذلك الحكم إذا انفسخ نكاحها برضاع ، بأن أرضعت التي كان نكحها صغيرة ، كانت زوجة له فصارت أم زوجته ، أو فسخت بعيبه .

وفي وجه بعيد : لا يجب التجديد ؛ لأن الإعفاف عقد مواساة ، فلو قلنا بتكرره . . لشق ، وخرج عن موضوع المواساة .

وإطلاق المصنف يقتضي : أنه لا فرق بين ردته وردتها ، والصواب : تخصيصه بردتها ، أما ردته . . فكطلاقه بغير عذر ، بل أولىٰ .

= أن إيجاب مؤنته ناشىء عن إعفاف طارىء عليه ، وليس كذلك ؛ فإن وجوب نفقة الأب لا ارتباط له بذلك . اهـ

قلت : وقد يعود على المنكوحة والأمة وإن كان الأحسن في مثله إفراد الضمير ، لكن وقع له في غير هـٰذا الموضع تثنيته ، وهو علىٰ حد قوله : ﴿ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ﴾) .

وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَإِنَّمَا يَجِبُ إِعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ مُحْتَاجٍ إِلَىٰ ٱلنِّكَاحِ ، . . . .

قال : (**وكذا إن طلق بعذر في الأصح**) ولو تكرر مراراً كما في الموت ، وحكم الخلع حكم الطلاق .

والعذر : شقاق ، أو نشوز ، أو ريبة ونحوها .

والثاني : المنع ؛ فإن الأب قصد قطع النكاح ، فإن طلق بغير عذر . . لم يجب التجديد ؛ لأنه المفوت علىٰ نفسه ، وبه صرح في « المحرر » ، وحذفه المصنف ؛ اكتفاء بالمفهوم .

والثالث : يجب التجديد مطلقاً ؛ لأن تكليفه إمساك واحدة فيه عسر .

وموضع الخلاف إذا لم يكن مطلاقاً ، فإن كان . . لم يجب التجديد اتفاقاً ، ولـٰكن يسريه جارية ، ويسأل القاضي الحجر عليه في الإعتاق .

ثم إذا كان الطلاق بائناً . . وجب التجديد في الحال ، وإن كان رجعياً . . فبعد انقضاء العدة .

قال : (**وإنما يجب إعفاف فاقد مهر**) حرة ؛ لأن القادر عليه مستغن عن الابن ، ويلتحق به القادر علىٰ تحصيله بكسب أو غيره[1] ، قال الرافعي : وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة[2] .

قال : (**محتاج إلى النكاح**) ؛ لغلبة شهوته لا لخدمته ، فإن ذلك يجب بلا خلاف ، ولا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته بحيث يخاف العنت ، أو يضر به التعزب ، ويشق عليه الصبر ، قال الإمام : ويحتمل أن يشترط خوف العنت كما في نكاح الأمة ، لـٰكن الأول أظهر .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قاله الشيخ أبو علي) .

(٢) في هامش (ز) : (والفرق بين النفقة والمهر : أن الكسب في النفقة يتكرر فيتضرر الوالد ، بخلاف المهر فلا يتكرر ، فلا يتضرر بذلك غاية الضرر) .

ولو كان تحته عجوز أو شوهاء أو رتقاء لم تندفع الحاجة بها . . وجب إعفافه .

قال : (**ويصدق إذا ظهرت الحاجة**) ؛ لأنها لا تعلم إلا من جهته[1] .

قال : (**بلا يمين**) ؛ لأن تحليفه في هـٰذا المقام لا يليق بحرمته .

فروع :

حيث وجب الإعفاف . . استوىٰ فيه الابن والبنت كالنفقة ، وإذا قلنا : لا يجب الإعفاف . . فللأب المحتاج أن ينكح أمة ، وإن أوجبناه . . فوجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنه غير مستطيع طول حرة وخائف العنت .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه مستغن بمال ولده ، فإن قلنا بالأول . . حصل الإعفاف بأن يزوجه أمة .

هـٰذا كله في الإعفاف لأجل قضاء الشهوة ، فلو احتاج الأب إلى النكاح لأجل الخدمة بسبب مرض . . قال ابن الرفعة : فإعفافه واجب على الابن كما يجب عليه شراء الدواء ونحوه له ؛ لأن ذلك من جملة كفايته[2] ، ويشبه أن لا يكون في ذلك الخلاف في وجوب الإعفاف لأجل الشهوة ، قال الشيخ : والذي قاله صحيح ، لـٰكنه لا يسمىٰ إعفافاً .

وإذا أيسر الأب بعد تمليك الابن الجارية له أو تمليك الصداق . . لم يكن للابن استرداده اتفاقاً ، قال المحاملي : كما لو دفع إليه النفقة في وقت حاجته ثم أيسر .

---

(١) في هامش (ز) : (وعبارة « المحرر » و« الشرحين » : إذا أظهر الحاجة ، وبينهما فرق ؛ فإن ظهورها لنا يتوقف على قرائن ، وإظهارها يكتفىٰ فيه بقوله : وإن لم يترجح عندنا) .

(٢) في هامش (ت) : (وأقول : دفع حاجة الخدمة لا تحصل بالتزويج ؛ إذ لا خدمة على الزوجة ، وهـٰذا معلوم لا نزاع فيه ، اللهم إلا أن يتبع العرف في ذلك ، وباب حاجة الخدمة أوسع من باب حاجة النكاح ؛ إذ دفع حاجة الخدمة لا يمكن بإعارته جاريته أو استئجار خادم أو نحو ذلك ، ولا تندفع بمثل هـٰذا حاجة النكاح . فتدبر) .

قال : (**ويحرم عليه وطء أمة ولده**) ؛ لأنها لا زوجة ولا ملك يمين .

وشملت عبارته أمة الابن والبنت والأحفاد ، وهي أحسن من تعبير « المحرر » بـ(أمة الابن) .

قال : (**والمذهب : وجوب مهر لا حد**) سواء كانت موطوءة الابن أم لا ؛ لشبهة الملك ؛ ففي « سنن أبي داوود » [٣٥٢٤] و« ابن ماجه » [٢٢٩٢] عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » وظاهر اللفظ ليس مراداً ؛ لاستحالة ملك المالكين ، ولأنه لا يملك ذات الابن ، وإنما المراد : التشبيه ، وهـٰذا معنىٰ قولنا : شبهة الملك ؛ أي : أن ملك الولد يشبه ملك الأب ، فهو كحقيقة الملك ، بل أقوىٰ .

وعن الإصطخري تخريج قول في وجوب الحد ، والصحيح : أنه يعزر لحق الله تعالىٰ لا لحق الابن ، وقيل : لا يعزر .

وعلى المذهب : هو كوطء الشبهة ، فعليه المهر للابن ، فإن كان موسراً . . أخذ منه ، وإن كان معسراً . . ففي ذمته إلىٰ أن يوسر ، وقيل : إن كان معسراً . . لم يثبت في ذمته ، والصحيح الأول .

وكما يسقط الحد ويجب المهر للشبهة . . تثبت المصاهرة ، فتحرم الجارية على الابن أبداً ، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد من الأب إحبال ، ولا شيء على الأب بتحريمها ؛ لأن مجرد الحل في ملك اليمين غير متقوم ، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية ، وهي باقية ، فأشبه ما إذا اشترىٰ جارية فخرجت أخته من الرضاع . . لا رد ، وله تزويجها وتحصيل مهرها ، بخلاف ما لو وطىء زوجة أبيه أو ابنه بالشبهة . . فإنه يغرم المهر ؛ لأنه فوت الملك والحل جميعاً ، ولأن الحل هناك هو المقصود .

كل هـٰذا إذا لم تكن الأمة موطوءة الابن ، أو موطوءته ولم يكن أحبلها ، فإن كانت مستولدته . . وجب على الأب الحد بوطئها بلا خلاف[1] .

وقال أبو حنيفة : لا يلزمه المهر إذا وطىء جارية ابنه بكل حال .

(١) في هامش (د) : (هـٰذه الحالة استثناها الروياني في « البحر » ونقلها عن الأصحاب ، ونقلها عنه الرافعي والنووي والسبكي) .

فَإِنْ أَحْبَلَ . . فَٱلْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ، فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةَ ٱلابْنِ . . لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةَ ٱلأَبِ ، . . . .

فرع[1] :

قال القاضي حسين : إذا قلنا : المهر يجب على الأب ، فوطئها في مجالس مكررة . . لا تتداخل ؛ لأنه حق آدمي ، ولا خلاف أنه إذا وطئها وطأة واحدة لا يتكرر مهرها بتكرر الإيلاجات ، ولو وطئها في مجلس واحد مراراً . . ففيه وجهان :

أحدهما : يتكرر كما في مجالس .

والثاني : لا يجوز أن يفرق بين المجلس الواحد والمجالس في الغرامات ، ألا ترىٰ أن المحرم لو تسربل وتقمص في مجلس واحد . . لزمه فدية واحدة ، وإن كان في مجالس . . لزمه فديات ، وهـٰكذا الحكم في أحد الشريكين إذا وطىء الجارية المشتركة ، وفي السيد إذا وطىء مكاتبته .

أما إذا وطىء امرأة بشبهة أو في النكاح الفاسد في مجلس واحد أو مجالس . . فيلزمه مهر واحد[2] ، والفرق : أن الشبهة هنا متحدة ، وفي تلك المسائل متعددة ، بدليل أنه يأثم بكل وطأة إذا كان عالماً ، والواطىء بالشبهة لا يأثم .

قال : (**فإن أحبل . . فالولد حر نسيب**) كما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة ، وهـٰذا تفريع على الصحيح ، وهو أنه لا حد ، ولذلك عطفه بـ(الفاء) ، أما إذا قلنا : يحد . . فالولد رقيق غير نسيب .

قال : (**فإن كانت مستولدة الابن . . لم تصر مستولدة الأب**) ؛ لأنها لا تقبل النقل ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

---

(١) في هامش (د) : (هـٰذا الفرع مذكور في « المنهاج » من « زوائده » في « كتاب الصداق » ، وأوله : قلت : ولو تكرر وطء بشبهة . . . إلخ ، وحكىٰ في وطء الأب والشريك وسيد المكاتبة ثلاثة أوجه : ثالثها : التفصيل بين المجالس والمجلس ، وصحح وجوب مهر واحد مطلقاً ، والشارح رحمه الله تبع السبكي في ذكر الفرع هنا ، لـٰكنه ذكر في « البحر » : أن بعض هـٰذه الأحكام ستأتي في آخر « كتاب الصداق ») .

(٢) في هامش (ز) : (صحح في « المنهاج » وجوب المهر مطلقاً ، اتحد المجلس أو اختلف ، في صورة الأب وسيد المكاتبة ووطء الشريك) .

وَإِلاَّ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهَا تَصِيرُ ، وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ ، لاَ قِيمَةَ وَلَدٍ فِي ٱلأَصَحِّ ـ . . . .

قال : (**وإلا . . فالأظهر : أنها تصير**) وبه قال أبو حنيفة ؛ للشبهة التي اقتضت انتفاء الحد ووجوب المهر .

والثاني ـ وبه قال المزني ـ : لا تصير أم ولد لأنها ليست ملكاً له وقت الإحبال .

وفي قول : إن كان موسراً . . نفذ ، وإلا . . فلا كاستيلاد أحد الشريكين .

هـٰذا إذا كان الأب حراً ، فإن كان رقيقاً أو مكاتباً أو مبعضاً . . فإن الاستيلاد لا يثبت ؛ إذ لا شبهة له في ماله ، وسيأتي في تتمة (أمهات الأولاد) حكم ذلك .

قال : (**وأن عليه قيمتها مع مهر**) كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة . . يجب عليه نصف القيمة مع نصف المهر ، وإنما وجب المهر مع القيمة ؛ لأنهما وجبا بشيئين مختلفين : المهر بالإيلاج والقيمة بالاستيلاد .

والثاني : لا تلزمه القيمة ، وهما مبنيان على القولين في الاستيلاد ، إن ثبت . . غرم ، وإلا . . فلا .

وما أطلقه من وجوب المهر محله إذا تأخر الإنزال عن مغيب الحشفة ، فإن حصل الإنزال مع تغييبها . . فقد اقترن موجب المهر بالعلوق ، فينبغي أن ينزل المهر منزلة قيمة الولد كما قاله الإمام ، وأقره الشيخان .

وإذا اختلفا في القيمة . . فالقول قول الأب الغارم ، ولو كانت بكراً فافتضها . . لزمه مع ذلك أرش بكارتها ؛ لأنه استهلك عضواً من بدنها ، قاله الماوردي .

قال : (**لا قيمة ولد في الأصح**) ؛ لأنه التزم قيمتها ، والولد جزء منها فاندرج ، ولأن القيمة إنما تجب بعد انفصاله ، وذلك واقع في ملكه .

والثاني : يجب كوطء الشبهة ، والخلاف ينبني علىٰ أن ملك الأم ينتقل قبل العلوق أو بعده ، فإن قلنا بعده . . وجبت قيمة الولد .

وقيل : إن أثبتنا الاستيلاد . . لم تجب قيمة الولد ، وإلا . . وجبت ، والخلاف إذا انفصل حياً ، فإن انفصل ميتاً . . فلا شيء قطعاً .

وَنِكَاحُهَا ، فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ ٱلَّذِي لاَ تَحِلُّ لَهُ ٱلأَمَةُ . . لَمْ يَنْفَسِخِ ٱلنِّكَاحُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (ونكاحها) أي : يحرم على الحر نكاح جارية ابنه ، أوجبنا الإعفاف أو لم نوجبه ، خاف العنت أم لا ؛ لأن له فيها شبهة تسقط الحد فلم يحل له نكاحها كالأمة المشتركة بينه وبين غيره .

وقيل : يجوز بناء علىٰ عدم ثبوت استيلاد أمة ولده ، أو علىٰ عدم وجوب الإعفاف ، وقطع الأكثرون بالأول بناء علىٰ مقابلهما .

هـٰذا إذا كان الوالد حراً ، فإن كان رقيقاً . . فله أن ينكح جارية ابنه ؛ لأنه لا يجب إعفافه ولا نفقته ، وإذا استولد الرقيق جارية ابنه . . لم تصر أم ولد .

قال : (**فلو ملك زوجة والده الذي لا تحل له الأمة . . لم ينفسخ النكاح في الأصح**)[1] .

صورة المسألة : أن يكون والده نكحها حيث يجوز له نكاح الأمة ، ثم ملكها الابن والأب بحيث لا يحل له ابتداء نكاح الأمة . . فلا ينفسخ النكاح في الأصح ؛ لأن الأصل في النكاح الثابت الدوام ، وللدوام من القوة ما ليس للابتداء ، وقد سبق أن النكاح الطارىء علىٰ نكاح الأمة لا يرفعه[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « المهمات » : إنه تقييد لا فائدة له .
وقال في « التوشيح » : ويمكن أن يقال : له معنىً ، وهو تخصيص الخلاف بوالد لا تحل له الأمة ؛ ليخرج والداً تحل له الأمة ، فإن ملك الولد زوجته . . لا يوجب فسخ النكاح قطعاً ، ولا يطرقه هـٰذا الخلاف ؛ إذ لا معنىٰ لانفساخه فإنه يجوز له ابتداء نكاحها ، فما ظنك بدوامه ، فتستفاد منه مسألتان :
إحداهما : إذا كان الأب عبداً . . . إلخ .
الثانية : إذا كان الابن معسراً والأب ممن تحل له الإماء ، فاشترى الابن زوجته فيهما . . لم ينفسخ النكاح قطعاً .
وقال ابن النقيب : الذي يظهر لي على ما فهمته من تعليل الرافعي . . . وساق كلامه) .

(٢) في هامش (د) : (هـٰذه المسألة ليس فيها طروء فساد ولا نكاح حرة ولا أمن عنت ، وإنما فيها طروء ملك الابن علىٰ زوجة الأب ، والأب بحيث لا يحل له ابتداء نكاح أمة الابن وهو الحر ، فإن كان رقيقاً . . فيجوز له ابتداء نكاح أمة ابنه ، فإذا ملك الابن زوجة أبيه الرقيق . . فلا=

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ ، فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ . . ٱنْفَسَخَ ٱلنِّكَاحُ فِي ٱلأَصَحِّ .

والثاني : يمتنع كما يمتنع نكاح أمة نفسه ، وهـٰذا صححه الفارقي ، وزيفه الإمام ، ونسبه لبعض الخلافيين وقال : لست أعده من المذهب .

واحترز بقوله : (زوجة والده الذي لا تحل له الأمة) عما إذا ملك زوجة والده العبد . . فإن النكاح لا ينفسخ جزماً ؛ لأن العبد يجوز له أن يتزوج بأمة ولده كما تقدم ، وإنما الوجهان إذا كان الأب حراً وهو معسر خائف للعنت ، فمسألة الكتاب فرد من أفراد نكاح أمة الولد ، ونكاح أمة الولد أخص من نكاح مطلقة الأمة .

قال : (**وليس له نكاح أمة مكاتبه**) ؛ لأن له فيها حق الملك كأمة ابنه ، والمراد : المكاتب كتابة صحيحة .

قال : (**فإن ملك مكاتب زوجة سيده . . انفسخ النكاح في الأصح**) ؛ لأن تعلق السيد بمال المكاتب فوق تعلق الأب بمال الابن ، فحدوث ملك المكاتب يقرب مما إذا ملك زوجة نفسه .

والثاني : لا ينفسخ ؛ لأنه كالأجنبي من السيد .

فإن قيل : إذا ملك أبا سيده لم يعتق عليه . . فلم تنزلوه منزلة ملك نفسه؟ فالجواب : أن الملك قد يجتمع مع القرابة في بعض الصور ، والملك والنكاح لا يجتمعان[1] .

تتمة :

يجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع ، ونكاح جارية أبيه وأمه قطعاً ؛ لعدم وجوب الإعفاف .

= ينفسخ قطعاً ، وعن هـٰذا احترز المصنف بقوله : « الذي لا تحل له الأمة . . . » ؛ أي : أمة أبيه ، وقول الشارح رحمه الله : « وقد سبق . . . إلخ » لا تعلق له بهـٰذه المسألة) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (من جملة الصور : ما إذا اشترىٰ من يعتق عليه في مرض الموت وكان عليه دين ، وقد ذكرها في « المنهاج » في « كتاب العتق ») .

فَصْلٌ :

ٱلسَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لاَ يَضْمَنُ مَهْراً وَنَفَقَةً فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَهُمَا فِي كَسْبِهِ

قال : (**فصل** :

السيد بإذنه في نكاح عبده لا يضمن مهراً ونفقة في الجديد)(١) ؛ لأن الإذن إنما يدل على التمكين ، وليس فيه تصريح بالتزام ، هـٰذا هو المنصوص في « الأم » .

والقديم : أنهما على السيد ؛ لأن الإذن في النكاح يتضمن الالتزام ، وهل يجبان على السيد ابتداء ، أو على العبد ثم يتحملهما السيد؟ فيه وجهان :

أصحهما عند أبي الفرج الزاز ـ وهو الراجح في « الشرح الصغير » ـ الثاني .

فعلى الأول : لا تتوجه المطالبة على العبد ، ولو أبرأته . . كان لغواً ، ولو أبرأت السيد . . سقط .

وعلى الثاني : للمرأة مطالبتهما بهما جميعاً ، ولو أبرأت العبد . . برىء السيد .

قال القاضي حسين : ويجريان في كل دين لزم العبد بإذنه كما لو أذن له في ضمان غيره ، أو في التمتع بالحج .

وإذا قلنا بالجديد . . فلا مطالبة على السيد أصلاً إلا بالتمكين من الاكتساب علىٰ ما سيأتي .

ولو أذن بشرط الضمان . . لم يلزمه ، ولو ضمن قبل العقد . . كان ضمان ما لم يجب ، وإن ضمن بعد العقد . . صح في المهر المعلوم ، ولا يصح في النفقة .

قال : (**وهما في كسبه**) ؛ لأنهما من لوازم النكاح ، وكسب العبد أقرب شيء يصرف إليهما ، فالإذن في النكاح إذن في صرف مكاسبه إلىٰ مؤناته ، وهل يتعلقان مع الكسب بذمة العبد؟ وجهان : أصحهما : نعم ، وظاهر كلام المصنف خلافه ، والتعلق بذمة العبد هنا أقوىٰ منه في دين التجارة ؛ لأن الغرض هنا له ، وهناك للسيد .

---

(١) في هامش (ز) : (قال السبكي : لو قال : لا يضمن بإذنه في نكاح عبده . . لكان أحسن ؛ لتسلط النفي على الضمان بالإذن ، فهو نفي لكون الإذن سبباً للضمان وهو المقصود ، وتلك محتملة لهـٰذا ، ومحتملة أيضاً لكون الإذن سبباً لنفي الضمان ، وليس بمقصود) .

بَعْدَ ٱلنِّكَاحِ ٱلْمُعْتَادِ وَٱلنَّادِرِ . فَإِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي تِجَارَةٍ . . فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ ،

قال : (**بعد النكاح**) يعني : الذي يكسبه بعد النكاح ، فبعد النكاح ظرف للكسب ؛ لأن الأكساب التي قبله وإن كانت باقية . . فهي خاصة بالسيد كسائر أمواله ، فلو كان المهر مؤجلاً . . صرف إليه مما يكسبه بعد حلول الأجل ، لا من المكتسب قبله ، وهـٰذه الصورة تستثنىٰ من إطلاق المصنف .

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة : أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفىٰ بها ، فإن فضل شيء . . صرف إلى المهر ، وهـٰكذا كل يوم حتىٰ يتم المهر ، وما فضل بعد ذلك للسيد ، ولا يدخر للنفقة ، هـٰكذا رتب الرافعي .

وفي « الوسيط » يكتسب للمهر أولاً ثم للنفقة ، وهـٰذه المسألة تقدم في (باب الضمان) الفرق بينها وبين نظيرها منه .

قال : (**المعتاد**) وهو الذي يحصل من صنعة وحرفة واحتطاب واحتشاش واصطياد .

قال : (**والنادر**) كالهبة والوصية ، وهـٰذا بناء علىٰ أن النادر يدخل في المهايأة ، وهو الصحيح .

والثاني : لا يتعلق به ؛ بناء علىٰ عدم دخوله .

قال : (**فإن كان مأذوناً له في تجارة . . ففيما بيده من ربح**) ؛ لأنه من جملة كسبه .

والأصح : أنهما يتعلقان بجميع الربح الحاصل في يده قبل النكاح والحادث بعده ، ولهـٰذا أطلقه ، بخلاف الكسب ، وذلك أن العبد إذا كان مأذوناً وفي يده مال فأطماع المعاملين تمتد إلىٰ ما في يده ، وإذا أذن له في النكاح . . كأنه التزم صرف ما في يده إلىٰ مؤناته ، ولهـٰذا تعلق برأس المال كما سيأتي .

وقيل : يختصان بالربح الحاصل بعد النكاح ، فلو كان المأذون مكتسباً . . فقد سكت الرافعي في « الشرح » عن حكمه ، وهو يدخل في إطلاق « المحرر » و« المنهاج » ، ويقتضي أنهما يتعلقان بالربح والكسب جميعاً ، وهو الظاهر ، ويحتاج إلىٰ ذلك ؛ فإنه قد لا يكفي أحدهما ويتكمل من الآخر .

وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي ٱلأَصَحِّ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِباً وَلاَ مَأْذُوناً لَهُ . . فَفِي ذِمَّتِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى ٱلسَّيِّدِ . وَلِلسَّيِّدِ ٱلْمُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ ٱلِاسْتِمْتَاعُ . . . .

قال : (**وكذا رأس مال في الأصح**) ؛ لأنه دين لزمه بعقد مأذون فيه ، فكان كدين التجارة .

والثاني : لا يتعلق برأس المال ؛ لأنه لم يحصل بكسبه ، فهو كرقبته .

قال : (**فإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له . . ففي ذمته**) ؛ لأنه دين لزمه برضا مستحقه فتعلق بذمته كبدل القرض .

قال : (**وفي قول : على السيد**) ؛ لأن الإذن في النكاح لمن هـٰذا حاله التزام للمؤنات .

قال الشيخ : كذا وجهوه ، وهو يشبه توجيه القول القديم ، ولا يناسب قواعد الشافعي في الجديد ، والرافعي في « الشرح » تردد في كونهما قولين أو وجهين ، وجزم في « المحرر » بأنهما قولان ، وتبعه عليه المصنف .

والظاهر : أنهما قولان غير القولين المصدر بهما الجديد والقديم ، أما الأول . . فبلا شك ؛ لاختلاف علته وعلة الجديد ، وأما الثاني . . فلا يتجه إلا على القديم[1] .

وفي قول ثالث : يتعلق برقبته كأروش الجنايات .

قال : (**وللسيد المسافرة به**) ؛ لأنه مالك لرقبته فيقدم حقه ، كما لو أراد أن يسافر بالأمة المزوجة . . فله ذلك ، وللعبد أن يسافر بزوجته معه ، وحينئذ فعليه أن يخليه للاستمتاع بها كالحضر ، قال البغوي : ويكون الكراء في كسبه ، فلو لم تخرج الزوجة معه ، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها . . سقطت نفقتها ، وإن لم يطالبها الزوج بالخروج . . فالنفقة بحالها .

قال : (**ويفوتُ الاستمتاع**) أنَّى ودَّع[2] يفوت الاستمتاع بسبب السفر ، وعبارة

---

(١) في (ت) : (والظاهر : أنهما قولان : الأول مفرع على الجديد ، والثاني على القديم ، وفي قول ثالث . . .) .

(٢) أي : ليلاً أو نهاراً .

وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ بِهِ . . لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلاً لِلاسْتِمْتَاعِ ، وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَاراً إِنْ تَكَفَّلَ ٱلْمَهْرَ وَٱلنَّفَقَةَ ، وَإِلاَّ . . فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا ، . . . .

« المحرر » : (وإن فات الاستمتاع) وهي أحسن[1] ، وبالجملة : لا حاجة إلىٰ ذكر ذلك ؛ فإنه معلوم من الأول ، ولذلك لم يذكرها الشافعي في « المختصر » .

وعبارة المصنف تقتضي : أن له المسافرة به وإن لم يتكفل المهر والنفقة ؛ لأن شرط التكفل في استخدامه نهاراً ، ولم يذكرها فيما إذا سافر به ، والحكم في الحالين سواء كما صرح به الرافعي وغيره .

قال : (**وإذا لم يسافر به . . لزمه تخليته ليلاً للاستمتاع**) ؛ لأنه مقصود النكاح ، ولاقتضاء العرف ذلك ، كما يلزمه تخليته في أوقات راحته وأكله وشربه ، وصرح الماوردي بأن السيد إذا كان معاشه ليلاً كالحارس . . يلزمه تخليته نهاراً كما جزموا به في (القسم) .

والمراد بتخليته ليلاً على العادة في الفراغ من الخدمة كما نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وسيأتي في نظيره من الأمة .

كل هـٰذا إذا لم تكن الزوجة في بيت سيده ، فإن كانت . . لم تلزمه تخليته بالليل ؛ لأنه متمكن من الاستمتاع بها في منزله ، ذكره الشيخ أبو حامد والماوردي .

قال : (**ويستخدمه نهاراً إن تكفل المهر والنفقة**) المراد بتكفلهما : التزامهما وأداؤهما ، وليس علىٰ حقيقة ضمان الديون ، وحق المهر والنفقة متعلق بالكسب ، وإنما السيد بالتزامه منعه من ذلك .

كل هـٰذا في السيد الموسر ، فلو كان معسراً . . فالمتجه : أن التزامه لا يفيد ؛ لتفويت حق الزوجة بذلك .

وقوله : (تكفل المهر والنفقة) كذا هو بغير باء ؛ لأن تكفل متعد بنفسه ، وهو في « المحرر » معدىً بـ(الباء) .

قال : (**وإلا . . فيخليه لكسبهما**) ؛ لوجوبهما عليه ، وتعلقهما بكسبه .

---

(١) إذ يمكن أن لا يفوت الاستمتاع إن صحب العبد زوجته معه .

وَإِنِ ٱسْتَخْدَمَهُ بِلاَ تَكَفُّلٍ . . لَزِمَهُ ٱلأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ ٱلْمَهْرِ وَٱلنَّفَقَةِ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ ٱلْمَهْرُ وَٱلنَّفَقَةُ . وَلَوْ نَكَحَ فَاسِداً وَوَطِىءَ . . فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : فِي رَقَبَتِهِ . . . .

قال : (**وإن استخدمه بلا تكفل . . لزمه الأقل من أجرة مثل وكل المهر والنفقة**) ؛ لأن أجرته إن زادت . . كان له أخذ الزيادة ، وإن نقصت . . لم يلزمه إتمام النفقة .

والمراد : استخدمه نهاراً ؛ فإن حقه في استمتاعه ليلاً لا بدل له ، فلو استخدمه ليلاً ونهاراً . . ضمن زمان نهاره دون ليله .

قال : (**وقيل : يلزمه المهر والنفقة**) أي : كمالهما وإن زادت علىٰ أجرة المثل ؛ لأنه ربما كسب ذلك اليوم ما يفي بالجميع ، ورجحه الماوردي .

وعلى الوجهين : المراد قدر نفقة الاستخدام ، وقيل : نفقة مدة النكاح وإن امتدت ؛ لأنه ربما كان يكتسب ما يفي بجميع ذلك .

واحترز باستخدام السيد عما إذا استخدمه أجنبي . . فإنه لا يلزمه غير أجرة المثل بالاتفاق .

قال الرافعي : وإذا اختصرت الخلاف في استخدام السيد . . حصلت ثلاثة أوجه فيما إذا استخدمه يوماً :

أحدها : كمال المهر ونفقة العمر .

والثاني : المهر ونفقة اليوم .

والثالث ـ وهو الأصح ـ : أنه لا تلزمه إلا أجرة المثل كالأجنبي .

وصورة المسألة : أن تكون أجرة المثل أقل .

قال : (**ولو نكح فاسداً ووطىء . . فمهر مثل في ذمته**) ؛ لحصوله برضا المستحق كما لو اشترىٰ بغير إذن السيد وأتلف .

قال : (**وفي قول : في رقبته**) ؛ لأنه إتلاف ، فبدله في رقبته كديون الإتلافات ، وموضع الخلاف إذا مكنته برضاها وهي مالكة لأمرها ، فلو تزوج الحرة ووطئها مكرهة أو نائمة . . تعلق برقبته قولاً واحداً ، ذكره صاحب « الكافي » ، ولم يقف ابن الرفعة

علىٰ نقل فيه ، إنما استنبطه من تعليلهم للصحيح .

نعم ؛ يستثنىٰ من إطلاق المصنف ما لو أذن له السيد في النكاح الفاسد . . فإنه يتعلق بكسبه ، كما قال الرافعي : إنه القياس ؛ لأنه فعل ما أذن له فيه .

قال : (**وإذا زوج أمته . . استخدمها نهاراً ، وسلمها للزوج ليلاً**) ؛ لأن السيد يملك من أمته منفعتين : منفعة الاستمتاع ومنفعة الاستخدام ، فإذا زوجها عقد علىٰ إحدىٰ منفعتيها ، وبقيت المنفعة الأخرىٰ فيستوفيها في وقتها وهو النهار ، وهـٰذا كما إذا أجر أمة . . يسلمها إلى المستأجر نهاراً ، ويمسكها لاستيفاء المنفعة الأخرىٰ في وقتها وهو الليل ، فلو أراد السيد أن يمسكها نهاراً بدلاً عن الليل . . لم يجز له ذلك ؛ لأن الليل وقت الاستراحة والاستمتاع ، وعليه التعويل في القسم بين النساء ، اللّهم إلا أن تكون حرفة الزوج والسيد ليلاً .

كل هـٰذا إذا أمكن استخدامها ، فإن امتنع لزمانة أو مرض . . فالظاهر أن عليه التسليم مطلقاً ، ويحتمل خلافه .

وظاهر عبارته : أنه يسلمها من الغروب ، وفي « مختصر البويطي » : أنه يسلمها بعد فراغ الخدمة ، وهو بعد ثلث الليل ، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : يسلمها إذا فرغت من الخدمة بحكم العادة ، وهو حسن ؛ لأن تحكيم العادة هو الذي اختاره المصنف فيما إذا استأجر للخدمة .

فإن قيل : صحح المصنف أن السيد لا يجوز له أن ينظر إلىٰ أمته المزوجة وأن يخلو بها ، فكيف يبيح له استخدامها؟ فالجواب : أنه لا يلزم من الاستخدام النظر ولا الخلوة[1] .

كل هـٰذا في غير المكاتبة ، أما المكاتبة . . فجزم الماوردي بأنها كالحرة تسلم ليلاً ونهاراً .

وسكتوا عن المبعضة ، والقياس : إن كانت مهايأة . . فهي في نوبتها كالحرة ،

(١) في هامش (ز) : (في نقل ذلك عن المصنف نظر) .

وَلاَ نَفَقَةَ عَلَى ٱلزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَخْلَىٰ فِي دَارِهِ بَيْتاً وَقَالَ لِلزَّوْجِ : تَخْلُو بِهَا فِيهِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلِلسَّيِّدِ ٱلسَّفَرُ بِهَا . . . .

وفي نوبة السيد كالقنة ، وإن لم تكن مهايأة . . فللسيد أن يمتنع من تسليمها فيهما نهاراً .

قال : (**ولا نفقة على الزوج حينئذ في الأصح**) ؛ لعدم التمكين التام .

والثاني : تستحق تمام النفقة ؛ لحصول التسليم الواجب ، ويروىٰ هـٰذا عن المزني في « المنثور » ، ونص « البويطي » يقتضيه .

والثالث ـ وبه قال ابن أبي هريرة وأحمد بن ميمون الفارسي ، وإليه ذهب الماوردي وابن الصباغ والغزالي ـ : يجب قسط النفقة لتشطير الزمان .

وأفاد المصنف بقوله : (حينئذ) أنه إذا سلمها ليلاً ونهاراً . . وجبت النفقة كلها ، والأصحاب متفقون علىٰ ذلك ، وأجرى الأول والثالث فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً .

قال المصنف : والصحيح : الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء بحال .

وأما المهر . . فقال الشيخ أبو حامد : لا يجب تسليمه كالنفقة ، وقال القاضي أبو الطيب : يجب ؛ لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء حصل ، وليس كالنفقة ؛ فإنها لا تجب بتسليم واحد ، وهـٰذا هو الأصح في « الروضة » و« الشرح الصغير » .

قال : (**ولو أخلىٰ في داره بيتاً وقال للزوج : تخلو بها فيه . . لم يلزمه في الأصح**) ؛ لأن الحياء والمروءة يمنعانه من ذلك ، وعلىٰ هـٰذا : فلا نفقة على الزوج .

والثاني : تلزم الزوج إجابة السيد إلىٰ ما قال ؛ ليدوم به السيد علىٰ ملكه مع تمكن الزوج من الوصول إلىٰ حقه ، وعلىٰ هـٰذا : فتلزمه النفقة ، والخلاف في « المحرر » و« الكتاب » وجهان ، وفي « الشرح » و« الروضة » قولان ، وهو الصواب .

فإن قلنا بالأظهر وكانت محترفة فقال الزوج : دعوها تحترف للسيد في بيتي وسلموها ليلاً ونهاراً . . لم يجز له ذلك في الأصح .

قال : (**وللسيد السفر بها**) ؛ لأنه مالك للرقبة ، وملكها مقدم علىٰ ملك المنفعة ، كذا علله الرافعي ، وأورد علىٰ تعليله تقديم المستأجر ، وأجيب بأن المنفعة

وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ ٱلسَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ . . سَقَطَ مَهْرُهَا ، . . . .

هنا خاصة لا تقتضي يداً وحيلولة بينها وبين السيد .

لـٰكن يستثنىٰ ما إذا كانت مرهونة أو مستأجرة أو مكاتبة . . فيوقف ذلك علىٰ رضا من له الحق .

والموصىٰ بمنفعتها للموصىٰ له المسافرة بها على الأصح ؛ لأن استحقاقه لا فرق فيه بين الليل والنهار ، فإذا تزوجها . . سافر بها بغير إذنه ، وكذلك إذا تزوجت اللقيطة ثم أقرت بالرق لشخص وصدقها . . فإن إقرارها مقبول ، إلا فيما يؤدي إلىٰ إبطال حق وجب عليها كما تقدم في بابه .

قال : (**وللزوج صحبتها**) أي : إذا سافر السيد بها . . لم يمنع الزوج من مصاحبتها ليستمتع بها في وقته ؛ لأن السفر كالحضر ، لـٰكنه لا يكلف ذلك ؛ لأن الحق في الاستمتاع له لا عليه .

قال : (**والمذهب : أن السيد لو قتلها أو قتلت نفسها قبل دخول . . سقط مهرها**) ؛ لانقطاع النكاح قبل الدخول من جهة المستحق ، فأشبه الردة قبل الدخول[1] .

والثاني : لا يسقط شيء من المهر[2] ؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر فكانت كالموت ، وسيأتي في الباب الذي بعده أن هـٰذا مستثنىً من استقرار المهر بموت أحد الزوجين .

وحاصل المذهب : أن النص فيما إذا قتل الأمة سيدها قبل الدخول سقوط جميع

---

(١) في هامش (د) : (هكذا ذكره الرافعي تعليلاً لسقوط المهر بقتل السيد الأمة وبقتل الحرة نفسها ، وعلل عدم السقوط فيهما بأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر فكانت كالموت ، والشارح رحمه الله تبع السبكي في التعليل ، ولا يصلح ذلك تعليلاً لقتل الأمة نفسها) .

(٢) في (ت) : (والثاني : لا يسقط شيء من المهر ؛ لأنها مسلمة بالعقد ، وسيأتي في الباب . . .) .

وَأَنَّ ٱلْحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا ، أَوْ قَتَلَ ٱلأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ . . فَلاَ كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ . وَلَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً . . فَٱلْمَهْرُ لِلْبَائِعِ ، . . . .

مهرها ، وفيما إذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول أنه لا يسقط شيء من المهر ، فقيل : قولان بالنقل والتخريج .

والأصح : السقوط في الأمة وعدمه في الحرة علىٰ وفق النصين ، والفرق : أن الحرة كالمسلمة إلى الزوج بالعقد بدليل أن له منعها من السفر ، والأمة لا تصير مسلمة بالعقد بدليل أن للسيد أن يسافر بها ، فلا يستقر مهرها إلا بالدخول ، وأيضاً فإن الحرة إذا قتلت نفسها . . غنم زوجها ميراثها فجاز أن يغرم مهرها ، وفي قتل الأمة لا ميراث له[1] .

قال : (**وأن الحرة لو قتلت نفسها ، أو قتل الأمة أجنبي أو ماتت . . فلا**) .

أما الحرة . . فلانتهاء العمر ، ولأنه يأخذ الميراث في مقابلة المهر ، وأما الأمة إذا قتلها أجنبي أو ماتت . . فلأنه لم يحصل من المستحق ما يقتضي إسقاط شيء فلم يسقط .

قال : (**كما لو هلكتا بعد دخول**) فإنه لا يسقط بلا خلاف ، وهـٰذا لا يختص بقتل الحرة نفسها ، بل لو قتلها الزوج أو أجنبي أو ماتت . . لم يسقط بالاتفاق أيضاً .

قال : (**ولو باع مزوجة . . فالمهر للبائع**) ؛ لوجوبه بالعقد ، فحصل في ملكه ، سواء كان مسمىً صحيحاً أو فاسداً ، وليس للبائع ولا للمشتري حبسها ؛ لأنها خرجت عن تصرف البائع ، والمشتري لا يملك المهر .

---

(١) في هامش (ز) : (طريقة القولين أصح ، وعبر عنها في « الروضة » بالأشهر ، ومع ذلك فالأصح في الأمة : السقوط ، وهـٰذا مما يستشكل ؛ لأن التفضيل بينهما تقرير النظير بعينه فكيف يستقيم مع تصحيحه طريقة التخريج؟! فإن مقتضى التخريج أن يكون الصحيح السقوط فيهما أو عدمه فيهما ؛ لأنه إن ظهر فرق . . فلا وجه إلا التقرير ، وإلا . . فلا وجه إلا التخريج ، ويكون الراجح فيهما متحداً .

والجواب عن ذلك : أنه لقوة الشبه اقتضى التخريج وساغ ، ولفرقٍ ما اقتضى الفرق في التصحيح والفتوىٰ) .

فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ ٱلدُّخُولِ . . فَنِصْفُهُ لَهُ . . . .

هـٰذا في النكاح الصحيح ، فلو أنكحها فاسداً ثم باعها ووطئها الزوج . . فمهر مثلها للمشتري ؛ لأنه وجب بالوطء الواقع في ملكه ، وإن وطىء قبل البيع . . فهو للبائع ، وكذلك إذا فوضها ثم جرى الفرض أو الدخول بعد البيع . . فالمفروض أو مهر المثل للمشتري على الأصح ؛ لوجوبه في ملكه .

فائدة :

علم من كلام المصنف دوام النكاح مع البيع ، وأنه لا يكون طلاقاً ، وهي مسألة اختلف الصحابة فيها إذا كان المشتري غير زوجها ، فقال ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب وأنس وجابر وآخرون : إن بيعها طلاق ، واحتجوا بقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ فيقتضي أن كل مزوجة ملكتها يميننا تحل لنا ، ومن ضرورة ذلك انفساخ نكاح زوجها بملكنا إياها .

وتعجب الناس من ابن عباس كيف يقول بذلك وهو يروي حديث بريرة؟! ويعلم أن نكاحها استمر قطعاً حتى اختارت نفسها بنص النبي صلى الله عليه وسلم ، حتىٰ قال ابن خزيمة : إن الشخص قد يكون عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء ويغفل عنه فيقول بخلافه ، وحاول الناس الاعتذار عنه بأنه إنما يقول ذلك إذا اشتراها رجل بحيث يدخل في ذلك ، وهو اعتذار حسن إن كان مذهب ابن عباس يوافقه .

والأكثرون قالوا : لا يكون بيع الأمة المزوجة طلاقاً ولا فسخاً ، وممن قال ذلك عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وعبد الرحمـٰن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعامة أهل العلم مستدلين بحديث بريرة ، واستمرار نكاحها حتى اختارت نفسها ، وحملوا المحصنات التي ملكت أيماننا في الآية الكريمة على المسبيات إذا ملكناهن . . انفسخ نكاح أزواجهن الكفار .

وفرق الإمام بين هـٰذه والمسبية بأن السبي يغير صفتها ، وهـٰذه لم تتغير صفتها وإنما تبدل المالك ، وفرق غيره بأن السبي يزيل ملك الكافر فأزال نكاحه .

قال : (**فإن طلقت قبل الدخول . . فنصفه له**) ؛ لأنه ملكه بالعقد المتقدم في ملكه .

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ . . لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ .

قال : (**ولو زوج أَمَتَه بعبده . . لم يجب مهر**) ؛ لأن السيد لا يجب له علىٰ عبده دين ، ولذلك لو جنىٰ عليه أو أتلف ماله . . لا يجب له أرش ولا ضمان ، لا في الحال ولا بعد العتق ، لـٰكن هل نقول : وجب ثم سقط أو لم يجب أصلاً؟ وجهان : أشهرهما : الثاني ، وهما كالخلاف في القصاص بقتل الابن .

وفائدة الخلاف تظهر في المفوضة ، فإن قلنا : لم يجب شيء . . وجب لئلا يخلو النكاح عن المهر ، وإن قلنا : وجب ثم سقط . . فلا ، كما إذا استوفاه[1] .

واحترز بـ(عبده) عن مكاتبه ؛ فإنه معه كالأجنبي ، وأما المبعض . . فالظاهر أنه يجب عليه بقسط ما فيه من الحرية .

وعلم من عبارته صحة النكاح ، وفي « الشرح الصغير » : أنه لا خلاف فيه ، وحكىٰ في « الكبير » في (كتاب الرضاع) وجهاً : أن النكاح لا يصح ، وكذا حكاه الإمام هناك .

وقوله : (عبده بأمته) لغة تميم وأزد شنوءة ، واللغة الفصحىٰ : زوَّج عبده أمته ؛ فالعرب لا يقولون : تزوجت بها ، وإنما يقولون : تزوجتها ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَـٰكَهَا﴾ .

واستدل للغة الأخرىٰ بقوله تعالىٰ : ﴿ وَزَوَّجْنَـٰهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾ ؛ فإن مجاهداً قال : معناه : أنكحناهم .

والجواب : أن المراد : قرناهم بهن وليس من عقد التزويج ، وقد نبه المصنف علىٰ بعض ذلك في (باب زكاة الفطر) من « تحريره » .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قال في « المهمات » : لم يتعرض لفائدة الخلاف الرافعي ولا النووي ولا ابن الرفعة ، وفائدته : ما حكاه شيخنا أقضى القضاة جمال الدين الوجيزي عن شيخه أقضى القضاة ظهير الدين التِّـزْمَنْتي فيما إذا زوجه بها وفرض بضعها فقال : زوجتكها بلا مهر ، ثم أعتقه السيد ، ثم وطئها وهو حر ، فإن قلنا بعدم الوجوب . . فلا شيء للسيد على العبد ، وإن قلنا : يجب ويسقط . . فللسيد عليه مهر المثل ؛ لأن المهر في نكاح التفويض لا يجب بالعقد ، بل بالدخول ، وهو حالة الدخول حر ، فالذي وقع في الأصل عكس الذي في « المهمات » ، والظاهر : ما في الأصل) .

. . . .

تنبيهان :

أحدهما : حكى الرافعي والمصنف في استحباب ذكر الصداق في هٰذا العقد قولين ، الجديد : استحبابه ، قال الشيخ كمال الدين النشائي : وهو الحق ، ونوزع في ذلك بأن في نسخة والده التي هي أتقن نسخ « الرافعي » : أن الجديد عدم الاستحباب ، وهو الصواب الذي عليه المحققون[1] .

وتتلخص في ذكر المهر أقوال :

أحدها : الوجوب ، وهو غريب حكاه البيهقي عن القديم .

والثاني : الاستحباب ، وهو في « الإملاء » ، وفي القديم أيضاً .

والثالث : عدم الاستحباب ، وهو الجديد الراجح .

الثاني : أن الوطء هنا خلا عن المهر والعقوبة ، وذلك في مسائل منها هٰذه[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (كما قاله في « التوشيح » ، وكذا الإسنوي ، ونقل صاحب « التوشيح » عن والده أن الأكثرين نقلوه ؛ أعني : عدم الاستحباب) .

(٢) في هامش(د) و(ز) : (رؤي بخط الشارح رحمه الله في بعض تعاليقه قاعدة في أن الوطء قد يخلو عن عقر وعقوبة ، وذكر فيها مسائل لم يذكرها في « شرحه » :

منها : إذا وطىء الموقوف عليه الجارية الموقوفة بلا شبهة . . فلا مهر ، وقال جماعة : لا يحد أيضاً .

ومنها : ما ذكره في « الروضة » في « كتاب الطلاق » فيما إذا قال لها : أنت طالق للبدعة ، فإن كان جامعها في ذلك الطهر . . طلقت في الحال ، وإلا . . فعند الحيض ، ولو جامعها قبل الحيض فغيب الحشفة . . تطلق ، فعليه النزع ، فإن نزع وعاد . . فهو كابتداء الوطء بعد الطلاق ، وإن استدام فإن كان الطلاق رجعياً . . فلا حد ، وإن كان ثلاثاً . . فلا حد أيضاً ؛ لأن أوله مباح ، ثم ذكر بعد ذلك بقليل أن المذهب : أنه لا مهر أيضاً ، فاستفده .

ومنها : إذا وطىء ميتة . . فلا حدّ على الصحيح .

وقيل : إن كانت أجنبية . . حدّ ، وإن كانت زوجة . . فلا ، وصححه النووي في « نكت الوسيط » وهو غريب . اهـ

والمذهب : أنه لا مهر ، لٰكنه يعزر .

ومنها : إذا وطىء البائع الجارية المبيعة قبل القبض . . فلا مهر عليه ولا عقوبة . =

. . . .

ومنها : إذا أعتق المريض أمة هي ثلث ماله وتزوج بها ومات وطالبت بالمهر . . فيجب لها منه بقسط ما عتق ، ويبطل النكاح بخروجها عن كونها الثلث ؛ فإن الاعتبار بالثلث بعد قضاء الدين ، وإذا لم تخرج من الثلث . . رق بعضها ، وحينئذ لا يصح تزويجها للحر ، فأما إذا عفت عن المهر . . فيصح النكاح ، وإن لم يدخل بها . . صح أيضاً ولا مهر .

ومنها : إذا فوضت الكافرة بضعها لكافر ، واعتقادهم أنه لا مهر للمفوضة ودخل بها ثم أسلما . . فلا شيء لها ، ذكره الرافعي في (نكاح المشركات) .

ومنها : إذا وطيء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن مع الجهل بالتحريم وطاوعته ، وقياسه يأتي في عامل القراض والمستأجر ونحوهما .

ومنها : وطء النبي صلى الله عليه وسلم من خصائصه أنه لا يجب عليه مهر وإن لم يكن العقد بلفظ الهبة .

ومنها : إذا استرق الكافر مسلماً وجعله صداق امرأته وأقبضها إياه ثم أسلما . . فإن الحر ينزع من يدها ، وقد جنح الرافعي في بحثه إلىٰ أنه لا يجب مهر كما إذا أصدقها خمراً وأقبضها ثم أسلما ، وهو علىٰ ما نقوله خال عن العقر والعقوبة ؛ لأن الحر لا يكون صداقاً ، ولا يقر في أيديهم .

ومنها : إذا تزوج السفيه رشيدة بلا إذن ووطيء . . فلا مهر على الأصح كما تقدم .

ومنها : إذا وطيء العبد جارية سيده بشبهة ، أو وطيء سيدته بشبهة .

ومنها : إذا وطئت حربية بشبهة . . فإنه لا يضمن بضعها كما لا يضمن مالها ، وكذلك إذا وطئت ميتة بشبهة ، ذكرهما الرافعي في آخر (الردة) ، وكذلك إذا وطيء مرتدة وماتت علىٰ ردتها .

= ومنها : إذا وطيء امرأة وهي عالمة بالزنا وهو يعتقد أنها زوجته . . فلا حد للشبهة ولا مهر ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا مهر لبغي » [خ ٢٢٣٧ـ م ١٥٦٧] وهلذه بغي .
ومنها : إذا وطيء جاريته المرتدة لا عقر عليه ؛ لأنها ملكه ، ولا حد ، لكنه يعزر .
ومنها : إذا وطيء أخته المملوكة له . . فلا مهر ولا حد علىٰ خلاف فيه) .

ملغزة :

أَتعـرفُ مَـنْ قـد بـاع فـي مهـر أُمِّـهِ   أَبـاهُ فـوفَّـاهـا بـذاكَ صـداقَهـا[1]

صورتها : عبد تزوج حرة ؛ فأولدها ولداً ذكراً ، ثم طلقها ؛ فتزوجها مولاه ، وطالبته بصداقها فأعسر به ، ولم يكن له مال سوى العبد ، فدفعه لها في صداقها ، فوكلت ابن العبد في بيع أبيه .

تتمة :

يستحب لمن ملك أمة أن يعتقها ويتزوجها ؛ ليؤتىٰ أجره مرتين ، فإذا قال لها : أعتقتك علىٰ أن تنكحيني ، أو علىٰ أن أنكحك . . لم تعتق إلا بالقبول ، وأصح الروايتين عن أحمد : أنها تعتق وتصير زوجة بالمخاطبة التي جرت بينهما إن حضرهما شاهدان ، وعندنا : يجب عليها قيمتها للسيد ؛ لأنه لم يعتقها مجاناً ، إنما أعتقها علىٰ عوض فاسد ، سواء وفت بالنكاح المشروط أم لا .

وقال أبو حنيفة : إن وفت . . فلا قيمة عليها ، وعن مالك : لا قيمة عليها بحال .

فإذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق مجاناً . . فقال ابن خيران : طريقه أن يقول : إن كان في علم الله أني أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك . . فأنت حرة ، فإن رغبت وجرى النكاح بينهما . . عتقت وحصل الغرض ، وإلا . . استمر الرق .

وقال صاحب « التقريب » : إن يسر الله بيننا نكاحاً . . فأنت حرة قبله بيوم ، وقال أكثر الأصحاب : لا يصح في هـٰذه الصورة ، ولا يحصل العتق ؛ لأنه في حال النكاح شاك في أنها حرة أو أمة ، واختار الشيخ ما قالاه وفاقاً للغزالي .

* * *

---

(١) في هامش (ز) : (تمامه [من الطويل] :
وكـانـتْ أَشهـدتْ كـلَّ مَـنْ رأتْ   بـأَنَّ أبـاهُ قـد أَبَـتَّ طـلاقَهـا) .

خاتمة

زوج أمته ثم قال : كنت محجوراً علي أو مجنوناً وأنكر الزوج ، فإن لم يعهد للسيد ما يدعيه ولا بينة . . فالقول قول الزوج مع يمينه ، وكذا لو قال : زوجتها وأنا محرم ، أو قال : لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها .

ولو ادعت المنكوحة ـ وهي ممن يعتبر إذنها ـ أنها زوجت من غير إذن . . ففي « فتاوى البغوي » : لا يقبل قولها بعد ما دخلت عليه وأقامت معه ، كأنه جعل الدخول بمنزلة الرضا .

أما إذا عهد بالسيد المزوج جنون أو حجر أو قال : زوجتها وأنا صبي . . فأيهما يصدق بيمينه؟ قولان خرجهما الشيخ أبو زيد : أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره : أن المصدق الزوج ؛ لأن الغالب جريان العقد صحيحاً ، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه .

وسأل شيخنا الشيخ جمال الدين شيخه الشيخ شرف الدين البارزي عما إذا ثبت على الغائب دين وباع الحاكم عليه أعياناً من ماله فلما قدم . . قال : كنت قد وقفتها أو أعتقت العبد أو بعته ، فهل يصدق بيمينه وينقض بيع الحاكم ؛ لأنه لم يصدر منه ما ينافي اعترافه ، أو لا ، كما لو باشر بنفسه أو بوكيله ؛ لأنه متهم؟

فأجاب : لا يقبل قوله : إنه أعتق أو وقف أو باع بلا بينة ؛ لأنه متهم في ذلك ، والأصل بقاء الملك ، ولأنه يؤدي إلىٰ عدم استقرار حكم الحاكم ، هـٰذا لفظه[1] .

---

(١) في هامش (د) : (تتمة كلام البارزي :
وهـٰذه المسألة فيها ثلاثة أقوال :
أحدها : لا يقبل قول المالك مطلقاً .
والثاني : يقبل مطلقاً .
والثالث : يقبل في العتق والوقف دون البيع ونحوه ، واختار الرافعي في العتق قبول قوله علىٰ ما ذكره في « باب اللقطة » ، واخترنا القول الأول ؛ لما ذكرناه من التوجيه ، وموافقةً لاختيار الإمام في « النهاية » علىٰ ما ذكره في « كتاب النكاح » بعد « باب الإحصان » . =

. . . .

والمسألة نقل فيها الرافعي هنا عن أبي علي السنجي عن نص الشافعي : أنه يصدق المالك وينقض البيع ويرد الثمن على المشتري ، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو وكيله ثم ادعىٰ ذلك . . فإنه لا يقبل ؛ لأنه سبق منه ما يناقضه .

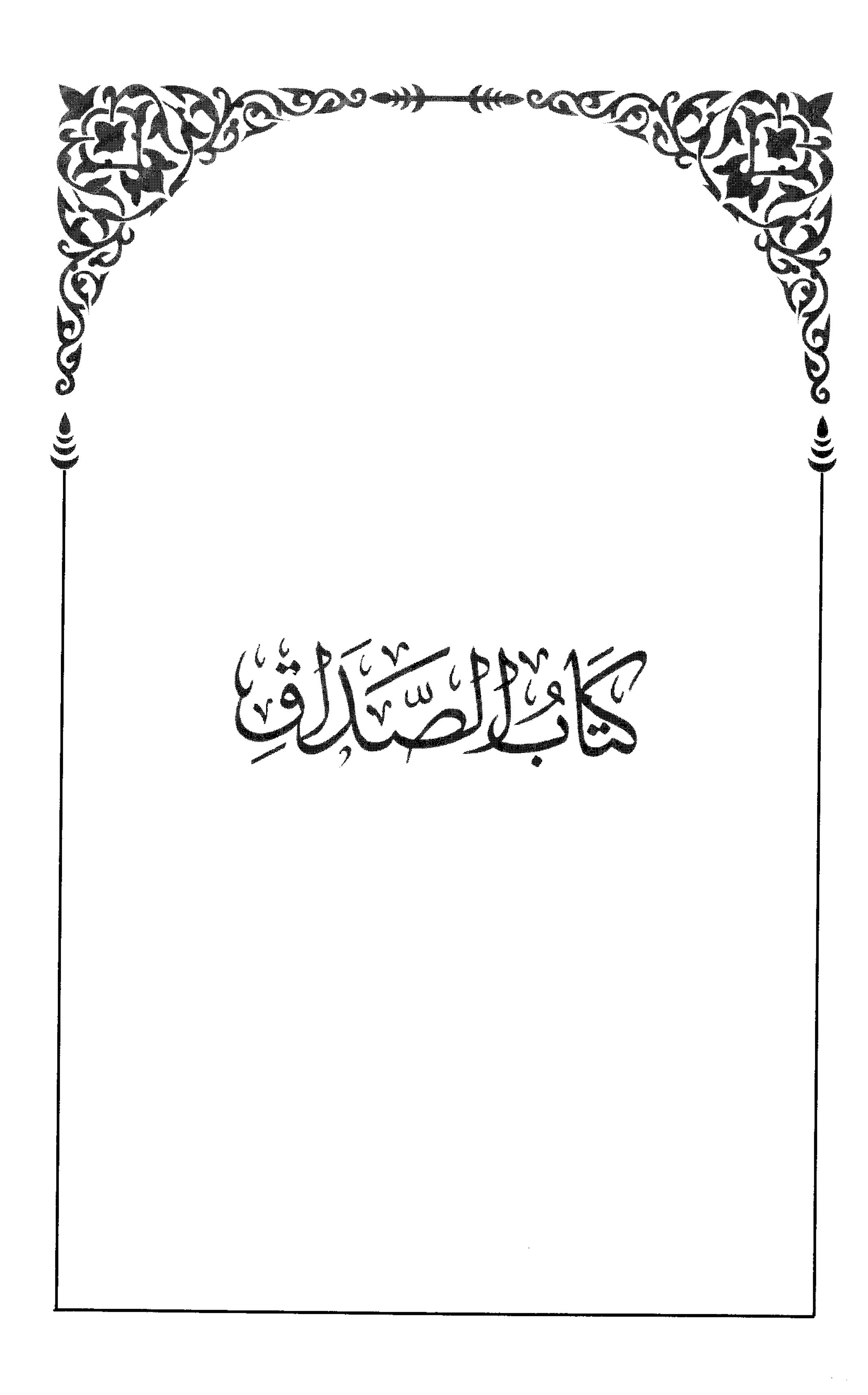
وفي « الحاوي » في (باب بيع اللقيط) : لو وجد عبداً وعرفه سنة وملكه ، ثم باعه الواجد ، ثم حضر المالك فذكر أنه كان قد أعتقه قبل البيع . . نص الشافعي علىٰ أن القول قوله .

وفي « الكفاية » في (النكاح) : لو زوج الحاكم في غيبة الولي ثم قدم وقال : كنت زوجتها في الغيبة . . قال أصحابنا : نكاح الحاكم مقدم ، وهٰذا بخلاف ما لو غاب مالك العبد فباعه السلطان في وفاء دين الغائب ثم حضر وقال : إنه كان باعه في الغيبة . . نص الشافعي علىٰ أن بيع المالك أولىٰ ، فتلخص أن جواب البارزي خلاف المنصوص ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هٰذا في (كتاب الإقرار) في قول المصنف : (وليكن المقر به في يد المقر) والله أعلم بالصواب .

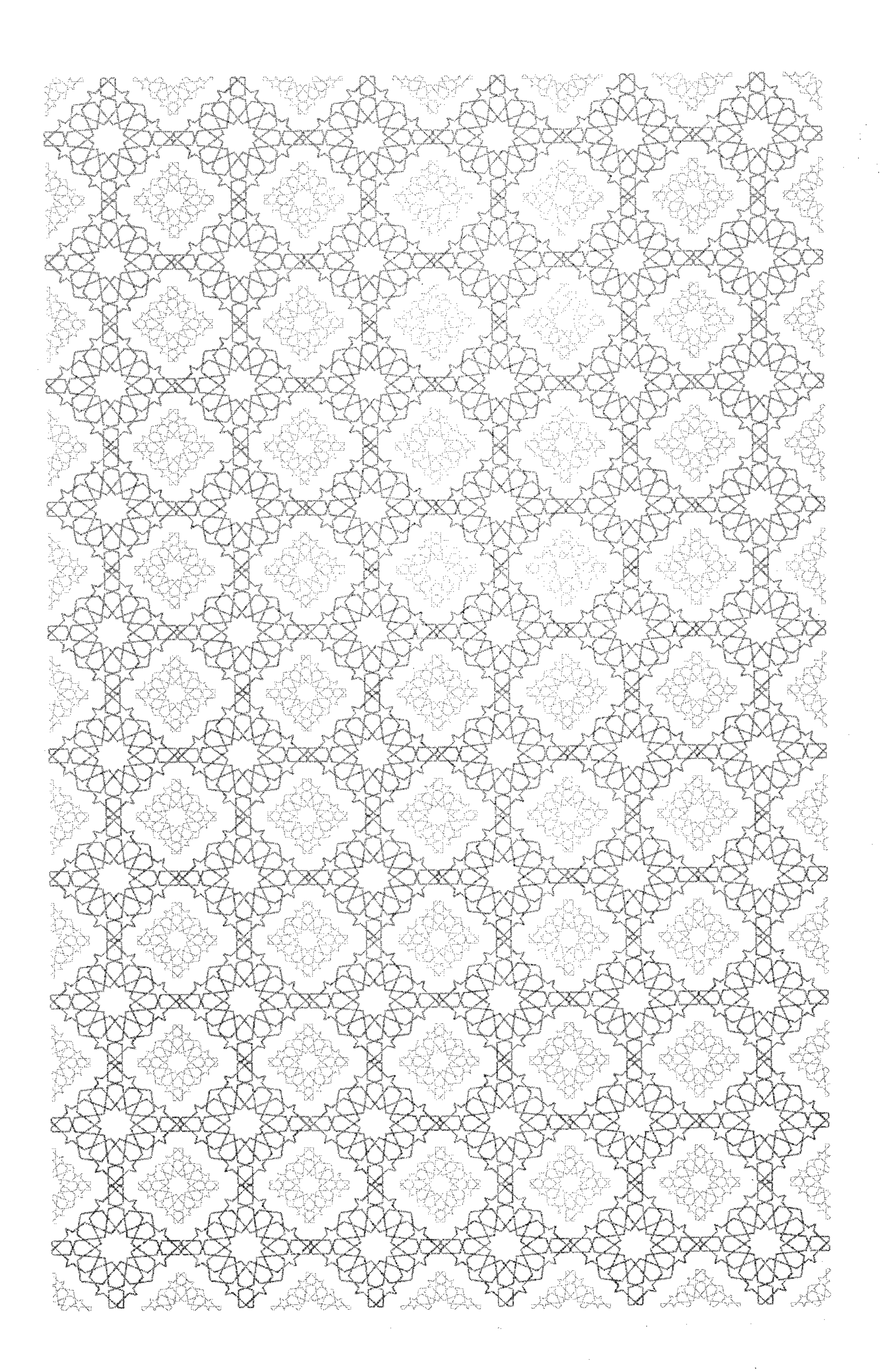
* * *

= قال ابن عبد السلام في « مختصر النهاية » : ولو باع الحاكم مال الغائب في حق فادعى الغائب بعد البيع أنه وقفه أو باعه قبل بيع الحاكم . . لم يقبل علىٰ أظهر القولين) اهـ كلامه .





كِتَابُ الصَّدَاقِ



كِتَابُ ٱلصَّدَاقِ

. . . .

كتاب الصداق

هو المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء ، سمي صداقاً لإشعاره بصدق رغبة باذله ، ويجوز فتح صاده وكسرها ، ويقال : صدقة بفتح الصاد وضم الدال ، وبضم الصاد وإسكان الدال ، ولفظه مأخوذ من الصَّدق بالفتح ، وهو الشديد الصلب ، فكأنه أشد الأعواض ثبوتاً من حيث إنه لا يسقط بالتراضي .

وله عشرة أسماء نطق الكتاب العزيز بستة منها : الصداق والنحلة والفريضة والأجر والطول والنكاح ، قال تعالىٰ : ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ ، ووردت السنة بالمهر والعقر والعليقة والحباء ، وسيأتي ذكره عند قول المصنف : (إذا توافقوا علىٰ مهر في السر وأعلنوا زيادة) وقال مهلهل [من المنسرح] :

أنكحها فقدها الأراقم من جنب وكان الحباء من أدم[(١)]

وصحفه ابن دريد مع جلالته .

والتعبير بـ(العليقة) وقع في « البحر » و« الروضة » وغيرهما ، وقال القاضي عياض والهروي وابن الأثير : العلاقة ، والجمع العلائق .

والأصل فيه من الكتاب : قوله تعالىٰ : ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي : عطية من الله مبتدأة ، والمخاطب بذلك الأزواج عند الأكثرين ، وقيل : الأولياء ؛ لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه .

ويسمىٰ نحلةً ؛ لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر ، فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابل .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « أدوا العلائق » قالوا : يا رسول الله ؛

---

(١) في هامش (ز) : (الجنب : حي من اليمن) .

ما العلائق؟ قال : « ما تراضىٰ به الأهلون » رواه الدارقطني [٣/ ٢٤٤] والبيهقي [٧/ ٢٣٩] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صداق زوجته » وقال : « من ظلم زوجته صداقها . . لقي الله يوم القيامة وهو زان »[١] .

وانعقد الإجماع عليه .

قال : (**تسن تسميته في العقد**) وإن لم يجب كنكاح عبده بأمته[٢] ؛ فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه عقد نكاحاً إلا وسمىٰ فيه صداقاً ، ولأنه أدفع للخصومة والمنازعة .

وفي « الصحيحين » [خ ٥١٣٥ـ م ١٤٢٥/٧٦] في حديث الواهبة : « هل عندك من شيء تصدقها؟ » قال : لا ، قال : « فالتمس ولو خاتماً من حديد » .

وقال المتولي[٣] : يكره إخلاء النكاح عنه .

قال : (**ويجوز إخلاؤه منه**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ .

وفي « سنن أبي داوود » [٢١١٠] و« الحاكم » [٢/ ١٨٢] و« ابن حبان » [٤٠٧٢] عن عقبة بن عامر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خير النكاح أيسره » وقال لرجل : « أترضىٰ أن أزوجك فلانة؟ » قال : نعم ، فقال لها : « أترضين أن أزوجك فلاناً؟ » قالت : نعم ، فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يفرض صداقاً ، فدخل بها فلم يعطها شيئاً ، فلما حضرته الوفاة . . قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أعطها شيئاً ، وقد أعطيتها سهمي بخيبر ، وكان له سهم فيها ، فأخذته فباعته بمئة ألف .

---

(١) أخرجه الإمام أحمد (٤/ ٣٣٢) ، والبيهقي (٧/ ٢٤٢) ، والطبراني في « الكبير » (٨/ ٣٤) .

(٢) في هامش (ت) : (ومن العجب ما وقع للمصنف رحمه الله تعالىٰ هنا ، حيث خالف ما نقله بنفسه عن الجديد قبل بورقة من التنبيهين من عدم استحباب التسمية في نكاح عبده بأمته ، وهو الصواب كما قاله ونسبه للمحققين) اهـ فتدبر .

(٣) في هامش(ز) : (والماوردي أيضاً) .

وكان الصواب أن يقول : إخلاؤه منها ؛ أي : من التسمية كما عبر به في « الروضة » وغيرها ؛ لأن النكاح لا يخلو من المهر ، لـٰكن تستثنىٰ أربع مسائل لا يجوز فيها إخلاؤه عن التسمية :

إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف ، أو مملوكة لغير جائز التصرف .

وإذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجها ولم تفوض .

والوكيل عن الولي من غير صورة التفويض . . الصحيح : أنه لا يجوز له إخلاؤه عنه .

وإذا كان الزوج غير جائز التصرف ، وحصل الاتفاق علىٰ مسمىً هو بعض مهر مثلها . . فتتعين التسمية .

قال : (**وما صح مبيعاً . . صح صداقاً**) قل أو كثر ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولو خاتماً من حديد » ، وتزوج عبد الرحمن بن عوف علىٰ وزن نواة من ذهب ، وهي اسم لخمسة دراهم .

وعبارة « التنبيه » : (ما جاز أن يكون ثمناً . . جاز أن يكون صداقاً) وهو أحسن ؛ لأن الصداق أشبه بالثمن .

ومراد المصنف : أن كل ما يجوز أن يجعل عوضاً في البيع ثمناً أو أجرة . . يجوز أن يجعل صداقاً ، فإذا تزوج امرأة علىٰ أن يرد عبدها الآبق أو جملها الناد ، فإن كان موضعه معلوماً . . جاز ، وإن كان مجهولاً . . لم يصح على الصحيح ، ويجب مهر المثل ؛ لأن الجعالة عقد جائز احتملت الجهالة فيها لذلك ، فإن رده في صورة الجهل . . فله أجرة المثل ، ولها عليه مهر المثل .

واحترز المصنف عما لا يتقوم كحبة الحنطة ونواة التمر ؛ فإنه لا يصح به ، لـٰكن يرد عليه ما أورده ابن الرفعة علىٰ « التنبيه » من جعل رقبة العبد صداقاً لزوجته الحرة ، وجعل الأب أم ابنه صداقاً عن ولده ، وجعل أحد أبوي الصغيرة صداقاً لها ؛ فإنه لا يصح في جميع ذلك وإن كانت أعياناً تباع ولا ترد ، فإن هـٰذه الأمور يصح إصداقها في الجملة ، وإنما امتنع ذلك لمانع آخر .

. . . .

ويستحب أن لا يزيد علىٰ صداق زوجات النبي صلى الله عليه وسلم وبناته ، وذلك خمس مئة درهم خالصة ، وأما أم حبيبة فأصدقها عنه النجاشي أربع مئة دينار ؛ إكراماً لرسول الله صلى الله عليه وسلم .

والمستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ، وقدره أبو ثور وأبو حنيفة ومالك بنصاب السرقة ، وهو عند الأول خمسة ، والثاني عشرة ، والثالث ثلاثة .

واحتج أصحابنا بما روى الدارقطني [٣/٢٤٤] : « ولو قضيباً من أراك » وبأن امرأة من فزارة تزوجت علىٰ نعلين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ » قالت : نعم ، فأجازه ، رواه الترمذي [١١١٣] وقال : حسن صحيح .

وتزوج عبد الرحمن بخمسة دراهم كما تقدم ، وتزوجت امرأة بكف من طعام فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم صداقاً ، رواه أبو داوود [٢١٠٣] .

وروى ابن السكن في « سننه الصحاح » والبيهقي [٧/٢٣٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من استحل بدرهم . . فقد استحل » أي : طلب الحل ، قال عروة بن الزبير : أول شؤم المرأة أن يكثر صداقها[1] .

واستحب العلماء كلهم ترك المغالاة فيه ، ولم يقولوا : إن المغالاة فيه مكروهة ، بل خلاف الأولىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾ وعمر رضي الله عنه ـ مع ما كان ينهىٰ عنه من المغالاة ـ تزوج أم كلثوم بنت علي علىٰ أربعين ألفاً ، وتزوج طلحة أم كلثوم بنت أبي بكر بمئة ألف ، وتزوج مصعب بن الزبير ابنتها عائشة بنت طلحة فأصدقها ألف ألف درهم ، فقال عبد الله بن هشام السلولي [من الكامل] :

أبلغ أمير المؤمنين رسالة ... من ناصح لك لا يريد دفاعا

بضع الفتاة بألف ألف كامل ... وتبيت سادات الجيوش جياعا

ثم تزوجها بعده عمر بن عبد الله بن معمر التميمي فأصدقها مئة ألف دينار ، وكانت

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٨١) ، والبيهقي (٧/ ٢٣٥) ، والطبراني في « الأوسط » (٣٦٣٧) .

وَإِذَا أَصْدَقَ عَيْناً فَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ . . ضَمِنَهَا ضَمَانَ عَقْدٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ضَمَانَ يَدٍ ،

من أجمل نساء قريش ، روىٰ لها الجماعة ، وذكرها ابن حبان في « الثقات » .

ولما حضرت علياً الوفاة . . قال لزوجته أمامة بنت أبي العاص بن الربيع ابنة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : إني لا آمن أن يخطبك هـٰذا الطاغية بعد موتي ـ يعني معاوية ـ فإن كان لك في الرجال حاجة . . فقد رضيت لك المغيرة بن نوفل بن الحارث عشيراً .

فلما مات وانقضت عدتها كتب معاوية إلىٰ مروان أن يخطبها له ، وبذل لها مئة ألف دينار ، فلما خطبها . . أرسلت إلى المغيرة بن نوفل تخبره بذلك ، فتزوجها المغيرة .

فائدة :

بوب النسائي [٦/ ١١٤] للتزويج على الإسلام ، وروىٰ فيه عن أنس فقال : تزوج أبو طلحة أم سليم فكان الصداق بينهما الإسلام ، أسلمت أم سليم قبل أبي طلحة ، فخطبها فقالت : إني قد أسلمت ، فإن أسلمتَ . . نكحتكَ ، فأسلم ، فكان الصداق بينهما الإسلام .

فرع :

يجوز جعل القصاص الواجب له عليها أو علىٰ عبدها صداقاً لها ، بخلاف ترك الشفعة وحد القذف ؛ لأن ذلك لا يقابل بعوض ، وأسقط من « الروضة » مسألة العبد ، وجزم الرافعي بها قبل (الديات) ، وفرع عليها ما إذا طلق قبل الدخول . . هل يرجع بنصف أرش الجناية أو بنصف مهر المثل .

قال : (**وإذا أصدق عيناً فتلفت في يده . . ضمنها ضمان عقد**) كالمبيع في يد البائع ؛ لأن الصداق مملوك بعقد معاوضة .

قال : (**وفي قول : ضمان يد**) ؛ لأنه لا ينفسخ النكاح بتلفه فكان كالمستعار والمستام ، والقول بضمان العقد جديد ، وهو اختيار المزني ، وبضمان اليد قديم ، وقد أطال الأصحاب في مأخذ القولين ؛ فإن الصداق فيه مشابهة العوض كثمن

المبيع ، ويقول : زوجتك بكذا كما يقول : بعتك بكذا ، وترد بالعيب كما يرد المبيع والثمن ، ولها أن تحبس نفسها لتستوفيه كما يحبس البائع المبيع .

ولو مهرها شقصاً . . ثبت للشريك الشفعة عندنا ، وهٰذه كلها أحكام الأعواض ، وبها رجحوا القول به ، وقالوا : الصحيح : أنه عوض ، وأنه مضمون ضمان عقد ، وفيه مشابهة النحلة الخالية عن العوض ؛ لأنه يجوز إخلاء النكاح عنه إجماعاً ، ولا يفسد النكاح بفساده ، ولا ينفسخ بردة ، واستمتاع كل من الزوجين مقابل بمثله ، وتمسكوا بقوله تعالىٰ : ﴿ نِحْلَةً ﴾ .

والمصنف فرض المسألة فيما إذا أصدقها عيناً ، وكذا في « الشرح » و« الروضة » ، والخلاف لا يختص بالعين ، ولٰكن أكثر ما يظهر أثره فيها[1] .

وموضع الخلاف حيث أمكن تقويم الصداق ، فإن لم يمكن . . فهو مضمون ضمان عقد قطعاً[2] ، كذا ذكره الشيخان في أوائل (الصداق الفاسد) في فرع : لو أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف . . فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً ، وإن وصفها . . وجب المسمىٰ .

قال : (**فعلى الأول : ليس لها بيعه قبل قبضه**) كالمبيع ، وإن قلنا بضمان اليد . . جاز ، وبه قال أبو حنيفة .

وذكره البيع مثال ، ولو عبر بالتصرف . . كان أعم ، وقياس إلحاقه بالبيع نفوذ العتق كما في البيع ، لٰكن يرد عليه ما لو كان ديناً . . فإنه يجوز الاعتياض عنه على الصحيح ، فلو قال : بيعها ـ يعني العين ـ لسلم منه .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (ويظهر أثره في الدين : فيما إذا أصدقها ديناً ، فإن قلنا بضمان اليد . . جاز الاعتياض عنه ، وإن قلنا بضمان العقد . . فوجهان .
وفي « التتمة » : لو أصدقها تعلم القرآن أو تعلم صنعة وأراد الاعتياض عن ذلك . . لم يجز علىٰ قول ضمان العقد كالمسلم فيه ، وبهاتين المسألتين تبين لك أن الخلاف في ضمان العقد أو اليد لا يختص بالعين) .

(٢) في هامش (د) : (هٰذا موضعه في قول الفصل الآتي ، وهناك ذكره الشيخان ؛ فإن الكلام هنا في التسمية الصحيحة) .

قال : (**ولو تلف في يده . . وجب مهر مثل**) يعني : إذا تلف الصداق المعين في يده ، فإن قلنا : إنه مضمون ضمان عقد . . انفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبل التلف ، حتىٰ لو كان عبداً . . كان عليه مؤنة تجهيزه ، كالعبد المبيع يتلف في يد البائع ، ولها عليه مهر المثل ؛ لأن النكاح مستمر ، والبضع كالتالف فيرجع إلىٰ بدله ، كما لو رد المبيع بعيب وقد تلف العوض في يد البائع . . يلزمه بدله ، إما المثل وإما القيمة ، وكما لو هلك الثمن في يد المشتري بعد ما قبض المبيع وتلف عنده . . فإنه يجب على المشتري بدل المبيع من المثل أو القيمة .

وإن قلنا : مضمون ضمان يد . . فالصداق الذي تلف تلف علىٰ ملك الزوجة ، حتىٰ لو كان عبداً . . كان عليها تجهيزه ، ولا ينفسخ الصداق علىٰ هٰذا القول ، ولٰكن بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً ، ويروىٰ هٰذا عن أبي حنيفة وأحمد .

ولو طالبها الزوج بالقبض فامتنعت . . ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان : أصحهما : الضمان كما أن البائع لا يخرج عن عهدة المبيع بهٰذا القدر(١) .

لٰكن يستثنىٰ ما لو طالبته بالتسليم فامتنع . . فإنه ينتقل إلىٰ ضمان اليد ، كذا نص عليه في « البويطي » ، وجزم به الماوردي ، وصحح الشيخان خلافه ، والمعتمد الأول(٢) .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قال ابن الرفعة : وفي إطلاق الخلاف نظر ؛ لأنه إن كان مفرعاً على ضمان العقد . . لزم طرده في البيع ، أو علىٰ مقابله . . لزم طرده في المستعار والمستام ، وإن كان على القولين فما أظنهم يسمحون بذلك . اهـ

قال الأذرعي بعد نقل ذلك عن ابن الرفعة : وأجيب بأنه مبني على القولين ، ولا مانع منه . اهـ

قال الشيخ برهان الدين البيجوري : قوله : « لا مانع منه » مردود ؛ فإنه إن أراد انقلابه أمانة علىٰ ضمان العقد . . لزم منه طرده في البيع ، ولم يطردوه) اهـ

(٢) في هامش (ت) : (أقول : كذا أطلقوه ، ولم يفصلوا بين أن تكون المطالبة قبل الوطء أو =

وَإِنْ أَتْلَفَتْهُ . . فَقَابِضَةٌ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ . . تَخَيَّرَتْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، فَإِنْ فَسَخَتِ ٱلصَّدَاقَ . . أَخَذَتْ مِنَ ٱلزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ ، وَإِلاَّ . . غَرَّمَتِ ٱلْمُتْلِفَ . . . .

قال : (**وإن أتلفته . . فقابضة**) ؛ لأنها أتلفت حقها ، ويبرأ الزوج ، وهـٰذا على القولين ، كذا أطلقه الشيخان ، ويجب تقييده بما إذا كانت أهلاً للقبض ، فإن كانت غير رشيدة . . فلا ؛ لأن قبضها غير معتد به ، ولهـٰذا لو وجب للمجنون قصاص علىٰ إنسان فوثب إليه فقتله . . لا يكون مستوفياً للقصاص على الأصح .

وتقدم في إتلاف المشتري وجه : أنه ليس قبضاً .

قال الرافعي : فالقياس مجيئه هنا ، وحكاه ابن الرفعة وجهاً مستقلاً ، فتغرم وتأخذ مهر المثل ، وذكر المصنف في « زوائده » هناك : أنه لو كان المبيع عبداً فقتله المشتري لصياله عليه . . لم يكن قبضاً على الأصح ، فينبغي أن يستثنىٰ هـٰذا أيضاً من إطلاقه هنا .

قال : (**وإن أتلفه أجنبي . . تخيرت على المذهب**) كما يتخير المشتري على الأصح إذا أتلف الأجنبي المبيع .

قال : (**فإن فسخت الصداق . . أخذت من الزوج مهر مثل**) ؛ لأنه المرد الشرعي ، أما إذا قلنا بضمان اليد . . فلا تخيير .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يفسخ (. . **غرَّمت المتلِف**) بكسر اللام ؛ لأنه المتعدي ، وقرار الضمان عليه ، ولها علىٰ قول ضمان اليد تغريم الزوج أيضاً ، والزوج يرجع على المتلف ، وعلىٰ قول ضمان العقد ليس لها مطالبة الزوج .

هـٰذا إذا كان الأجنبي بحيث يضمنه بالإتلاف ، فإن لم يضمنه كقصاص وجب له على العبد ونحو ذلك . . فلا تخيير ، بل هو كالآفة ، ولها على الزوج مهر المثل ، وكذا ينبغي إذا قتله الإمام قصاصاً أو لحرابة ونحوه .

= بعده ، وللتفصيل وجه : فإذا كان قبله وهي ممتنعة من التمكين وليس هو ممتنعاً من التسليم لـٰكنه يقول : لا أسلم حتىٰ أطأ ، فكيف يؤمر بالتسليم على الأظهر وهو أنه لا يجبر بل يجبران؟! نعم ؛ إن طلبت التسليم للعدل فامتنع . . فظاهر) فتدبر .

وَإِنْ أَتْلَفَهُ ٱلزَّوْجُ . . فَكَتَلَفِهِ ، وَقِيلَ : كَأَجْنَبِيٍّ . وَلَوْ أَصْدَقَ عَبْدَيْنِ فَتَلِفَ عَبْدٌ قَبْلَ قَبْضِهِ . . ٱنْفَسَخَ فِيهِ لاَ فِي ٱلْبَاقِي عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلَهَا ٱلْخِيَارُ ، فَإِنْ فَسَخَتْ . . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَإِلاَّ . . فَحِصَّةُ ٱلتَّالِفِ مِنْهُ . وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ . . تَخَيَّرَتْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

قال : (**وإن أتلفه الزوج . . فكتلفه**) ينفسخ الصداق جزماً ، ويرجع بمهر المثل[1] .

قال : (**وقيل : كأجنبي**) فتتخير ، وصححه في « الشرح الصغير » ، والخلاف ينبني علىٰ أن إتلاف البائع كتلفه أو كإتلاف الأجنبي ، والأصح : الأول .

قال : (**ولو أصدق عبدين فتلف عبد قبل قبضه . . انفسخ فيه لا في الباقي على المذهب**) هو الخلاف في تفريق الصفقة في الدوام ، هـٰذا علىٰ ضمان العقد ، أما علىٰ ضمان اليد . . فيرجع إلىٰ قيمة التالف ، ولا ينفسخ في شيء .

وتقدم في (البيع) في نظير هـٰذه الصورة : أن هـٰذا إذا لم يقبض الآخر ، فإن كان قد قبض وهو باق . . فأولىٰ بعدم الانفساخ ، وإن تلف بعد قبضه . . فأولىٰ ؛ لعدمه أيضاً ، فيظهر مجيئه هنا .

قال : (**ولها الخيار**) ؛ لعدم سلامة المعقود عليه .

قال : (**فإن فسخت . . فمهر مثل**) هـٰذا علىٰ ضمان العقد ، وعلىٰ مقابله : تأخذ قيمة العبدين .

قال : (**وإلا . . فحصة التالف منه**) يعني : إذا لم يفسخ . . فالواجب لها حصة قيمة التالف من مهر المثل علىٰ قول ضمان العقد ، وقيمة التالف **على** القول الآخر ، هـٰذا إذا تلف بآفة سماوية ، فإن أتلفته هي . . جعلت قابضة لقسطه من الصداق ، وإن أتلفه أجنبي . . تخيرت .

قال : (**ولو تعيب قبل قبضه**) كعمى العبد ونسيان الحرفة ونحوها (. . **تخيرت على المذهب**) هـٰذا على القولين معاً كما صرح به الغزالي وغيره .

---

(١) في هامش (د) : (أي : تفريعاً علىٰ ضمان العقد ، فإن قلنا بضمان اليد . . فلا ينفسخ ، بل يطالب الزوج بالبدل ، وهو : المثل أو القيمة) .

فَإِنْ فَسَخَتْ . . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ شَيْءَ . وَٱلْمَنَافِعُ ٱلْفَائِتَةُ فِي يَدِ ٱلزَّوْجِ لاَ يَضْمَنُهَا وَإِنْ طَلَبَتِ ٱلتَّسْلِيمَ فَٱمْتَنَعَ عَلَىٰ ضَمَانِ ٱلْعَقْدِ ، وَكَذَا ٱلَّتِي ٱسْتَوْفَاهَا بِرُكُوبٍ وَنَحْوِهِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**فإن فسخت . . فمهر مثل**) هـٰذا ظاهر علىٰ ضمان العقد ، وأما علىٰ ضمان اليد . . فيرجع إلىٰ قيمته .

قال : (**وإلا . . فلا شيء**) لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلىٰ ضمان اليد : لها أرش النقصان .

فروع :

الأول : إذا اطلعت علىٰ عيب قديم . . فلها الخيار بلا خلاف ، فإن فسخت . . فلها مهر المثل أو قيمة العين سالمة ، وإن أجازت وقلنا بضمان اليد . . فلها الأرش ، وفيه تردد للقاضي حسين .

الثاني : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقض شيء . . فالحاصل نقصان صفة ، وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره فهل الحاصل نقصان صفة كأطراف العبد أو نقصان جزء كأحد العبدين؟ فيه وجهان : أصحهما : الثاني .

الثالث : زاد الصداق في يد الزوج ، فإن كانت الزيادة متصلة كالسِّمن وتعلم الصنعة . . تبعت الأصل ، وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، فإن استمر العقد وقبضت الأصل . . فالزوائد لها ، وإن هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب . . ففي الزوائد وجهان : أصحهما : لها .

قال : (**والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها وإن طلبت التسليم فامتنع علىٰ ضمان العقد**) كما لو اتفق ذلك من البائع ، فإن قلنا بضمان اليد . . فيضمنها بأجرة المثل من وقت الامتناع ، كذا قاله الرافعي ، وعند الغزالي لا يضمنها على القولين إلا إذا قيل : إنها تضمن ضمان المغصوب ، ويكون الأقصىٰ .

قال : (**وكذا التي استوفاها بركوب ونحوه على المذهب**) ؛ بناء علىٰ أن جنايته كالآفة ، وهو الأصح ، فإن قلنا : إنه كالأجنبي . . ضمنها بأجرة المثل ، وفيه بحث

وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِتَقْبِضَ ٱلْمَهْرَ ٱلْمُعَيَّنَ وَٱلْحَالَّ لاَ ٱلْمُؤَجَّلَ ، فَلَوْ حَلَّ قَبْلَ ٱلتَّسْلِيمِ . . فَلاَ حَبْسَ فِي ٱلأَصَحِّ ....

لابن الصلاح وابن الرفعة مع الرافعي .

قال : (**ولها حبس نفسها لتقبض المهر المعين والحال**) كما يثبت للبائع حق الحبس ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، فإذا طلب منها تسليم نفسها وقد أخر تسليم الصداق لعذر أو لغير عذر . . لم تلزمها الإجابة إلا أن يسلمها الصداق بتمامه في الصورتين المذكورتين ، وهما إذا كان معيناً أو ديناً حالاً ؛ كيلا يفوت عليها .

قال : (**لا المؤجل**) ؛ لأنها رَضيت بالتأخير فليس لها حبس نفسها .

قال : (**فلو حل قبل التسليم . . فلا حبس في الأصح**) ؛ لأنها رضيت أولاً بكونه في ذمته ، ووجب عليها التسليم قبل القبض فلم ترتفع بحلول الحق .

والثاني : أن لها الحبس ؛ لاستحقاقها المطالبة بعد الحلول كما في الابتداء .

قال في « المهمات » : والذي صححه من رجحان عدم الحبس في هـٰذه الصورة خلاف المذهب المنصوص ، والصواب : أن لها الحبس كما رجحه في « الشرح الصغير »[1] ، وللمسألة نظيران :

أحدهما : إذا باع بثمن مؤجل وحل قبل التسليم . . فالأصح أنه لا يمكَّن من الحبس[2] .

والثاني : إذا اشترىٰ سلعة بثمن مؤجل وأفلس ولم يتفق للحاكم بيعها حتىٰ حل الأجل . . ففي جواز الرجوع فيها وجهان ، قال في زوائد « الروضة » : أصحهما في « الوجيز » : الجواز .

ولو كان بعضه مؤجلاً وبعضه حالاً . . ففي « الحاوي » وغيره : لها الامتناع لقبض الحال ، والظاهر أنه ليس لها الحبس ؛ لأنها رضيت بتأجيل بعضه ، وقال ابن

---

(١) في هامش (ز) : (ويؤيده ما سيأتي من أن للمفوضة أن تحبس نفسها بعد فرضه بطلبها كما سيأتي) .

(٢) في هامش (ز) : (ولعل الفرق : أنه بتسليم البضع ووطئه يتعذر استرداده لو لم يوفها المهر ، بخلاف العين في البيع) .

وَلَوْ قَالَ كُلٌّ : لاَ أُسَلِّمُ حَتَّىٰ تُسَلِّمَ . . فَفِي قَوْلٍ : يُجْبَرُ هُوَ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . . أُجْبِرَ صَاحِبُهُ ، وَٱلأَظْهَرُ يُجْبَرَانِ ؛ فَيُؤْمَرُ بِوَضْعِهِ عِنْدَ عَدْلٍ ، وَتُؤْمَرُ بِٱلتَّمْكِينِ ، فَإِذَا سَلَّمَتْ . . أَعْطَاهَا ٱلْعَدْلُ . . . .

الصلاح : إذا قبضت البعض ليس لها أن تمتنع ، ويكون كما لو كان بعضه مؤجلاً .

وتستثنىٰ صور لا حبس فيها :

أحدها : الأمة المزوجة إذا باعها السيد . . فإن المهر يبقىٰ له كما تقدم ، ومع ذلك لا حبس له .

الثانية : إذا كانت كذلك وأعتقها .

الثالثة : إذا زوج السيد أم ولده ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث . . فليس له حبسها .

الرابعة : أعتقها وأوصىٰ لها بصداقها . . فليس لها حبس نفسها لاستيفائه ؛ لأن الاستحقاق هـٰهنا بالوصية لا بالنكاح ، ذكره الرافعي في نكاح الإماء .

قال : (**ولو قال كل : لا أسلم حتىٰ تسلم . . ففي قول : يجبر هو**)[1] ؛ لأن استرداد الصداق ممكن دون البضع .

قال : (**وفي قول : لا إجبار ، فمن سلم . . أجبر صاحبه**) ؛ دفعاً للضرر عنهما .

قال : (**والأظهر : يجبران ، فيؤمر بوضعه عند عدل ، وتؤمر بالتمكين ، فإذا سلمت . . أعطاها العدل**) ؛ لأن كل واحد منهما قد استحق التسليم ، فأجبر كل واحد منهما علىٰ إيفاء صاحبه حقه ، قال الإمام : فلو سلمت نفسها فلم يأتها . . فالذي أراه أن على العدل تسليم الصداق إليها .

فلو سلم إليها فهم بالوطء فامتنعت . . فالوجه : استرداد الصداق منها ، وهـٰذه الأقوال سبق مثلها في البيع .

---

(١) في هامش (ز) : (ومنهم من نفىٰ هـٰذا القول ، ولهـٰذا لم يحكه في « التنبيه » ، قال ابن الرفعة : وهو صحيح لا يتجه غيره إذا كان الصداق عيناً وقلنا : إنه مضمون ضمان عقد كما إذا كان الثمن عيناً ، أما إذا قلنا بضمان اليد أو كان ديناً . . اتجه جريانه) .

وَلَوْ بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ . . طَالَبَتْهُ ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ . . ٱمْتَنَعَتْ حَتَّىٰ يُسَلِّمَ ، وَإِنْ وَطِىءَ . . فَلاَ . . . .

وهناك قول رابع : أن البائع يجبر على التسليم أولاً ، وهنا لا يمكن الابتداء بالمرأة ، وهي نظيره هنا ؛ لأن منفعة البضع إذا فاتت . . تعذر استدراكها ، بخلاف المال .

وموضع القول الأول إذا كانت متهيئة للاستمتاع ، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر آخر كمرض . . لم يلزم تسليم الصداق ، وسيأتي الكلام في الصغيرة .

واستشكل ابن الرفعة وضع الصداق عند عدل على القول الأظهر ؛ لأن العدل إن كان نائباً عنها في القبض ـ كما قال الجيلي ـ فآل الأمر إلىٰ إجبار الزوج وهو القول الأول ، وإن لم يكن نائباً عنها ـ فقد أجبر أولاً .

ويمكن أن يجاب بأنه نائب عنهما[1] كما هو مقتضىٰ كلام الأصحاب فيما إذا أخذ السلطان الدين من الممتنع . . فإن المأخوذ يملكه الغريم ، وتبرأ ذمة المأخوذ منه .

فرع :

لولي غير المكلفة منع تسليمها حتىٰ تقبض ، وله تسليمها قبله إن رآه مصلحة ، وعن مالك لا يجوز ما لم تقبض أقل ما يصلح أن يكون صداقاً .

قال : (**ولو بادرت ومكنت . . طالبته**) علىٰ كل قول ؛ لبقاء حقها .

قال : (**فإن لم يطأ . . امتنعت حتىٰ يسلم**) ، ولها العود إلى الامتناع ، وتصير كمن لم تمكن إلىٰ أن تسلم الصداق .

قال : (**وإن وطىء . . فلا**) كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع قبل قبض الثمن . . ليس له بعد ذلك أخذه وحبسه .

وقال أبو حنيفة : لها العود إلى الامتناع ، وعندنا وجه مثله .

---

(١) في هامش (ز) : (وبه صرح الجيلي ، لـكنه ممنوع من التسليم إليها وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل تمكينه ، بخلاف القول الأول ؛ فإنها تتصرف فيه بمجرد قبضه) .

وَلَوْ بَادَرَ وَسَلَّمَ . . فَلْتُمَكِّنْ ، فَإِنِ ٱمْتَنَعَتْ بِلاَ عُذْرٍ . . ٱسْتَرَدَّ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يُجْبَرُ . وَلَوِ ٱسْتَمْهَلَتْ لِتَنَظُّفٍ وَنَحْوِهِ . . أُمْهِلَتْ مَا يَرَاهُ قَاضٍ . . . .

هـٰذا إذا وطئها مطاوعة ، فإن أكرهها . . فلها الامتناع بعده على الأصح[1] ، كما لو غصب المشتري المبيع قبل تسليم الثمن . . يجوز للبائع رده إلىٰ حبسه .

والثاني : لا ؛ لأن البضع بالوطء كالتالف ، فأشبه ما إذا غصب المشتري المبيع قبل تسليم الثمن وتلف عنده .

قال : (**ولو بادر وسلم . . فلتمكن**) ؛ لأنه فعل ما عليه .

قال : (**فإن امتنعت بلا عذر . . استرد إن قلنا : إنه يجبر**) ؛ لأن الإجبار شرطه التمكين ، فإن قلنا : لا يجبر . . فوجهان :

أصحهما : لا يسترد ؛ لأنه تبرع بالمبادرة وسلم ، فلا يتمكن من الرجوع كما لو عجل المال المؤجل .

والثاني : له الاسترداد ؛ لأنه لم يحصل على العوض .

قال : (**ولو استمهلت لتنظف ونحوه . . أمهلت**) ؛ لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف ، وهـٰذا الإمهال واجب على الأصح ، وقيل : مندوب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تطرقوا النساء ليلاً ؛ حتىٰ تمتشط الشعثة ، وتستحد المغيبة » متفق عليه [خ ٥٢٤٦ـ م ٧١٥/١٨١]: ، فإذا امتنع الزوج الغائب من طروق امرأته معافصة مع تقدم الصحبة . . فلأن يمتنع ذلك في ابتداء الحال أولىٰ .

والثاني : لا تمهل ، كما لو سلم المشتري الثمن لا يمهل البائع .

وقيل : تمهل قطعاً ، قاله العراقيون .

قال : (**ما يراه قاض**) من يوم أو يومين أو أقل ؛ لأنه أمر مجتهد فيه .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « الروضة » [٧/ ٢٦٠] و« أصلها » : ويجري الوجهان فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول .
قال البلقيني : لا ينبغي أن يأتي هـٰذا التصحيح في الصغيرة أو المجنونة إذا سلم الولي بالمصلحة ، فإن تسليمه كتسليمها ، وحينئذ فلا امتناع لهما إذا زال النقص بعد الوطء ، كما لو عفا الولي عن السفيه ثم زال الحجر . . ليس له الأخذ على الأصح) .

وَلاَ يُجاوِزُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، لاَ لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ . ولاَ تُسَلَّمُ صَغِيرَةٌ وَلاَ مَرِيضَةٌ حَتَّىٰ يَزُولَ مَانِعُ وَطْءٍ . . . .

قال : (**ولا يجاوز ثلاثة أيام**) ؛ لأنها أقل الكثير وأكثر القليل ، ولأن الحاجة تحصل بها ، ومنهم من قدره بما يحتاج إليه عادة ؛ لأنه يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص .

وتدخل فيها الليالي المشتملة عليها كخيار الثلاث ، ولا نقول ثلاثة أيام وثلاث ليال كمسح الخف ؛ فهي بالخيار أشبه .

ولا خلاف أنها لا تمهل لتهيئة الجهاز والتسمين ونحو ذلك .

هـٰذا إذا لم يظهر تعنتها في الاستمهال ، فإن ظهر ذلك . . فيشبه عدم إجابتها ، وتأثم بذلك .

قال : (**لا لينقطع حيض**) ؛ لأنه يستمتع بها من فوق الإزار من غير وطء كالقرناء والرتقاء ، وتردد الإمام فيه إذا خشيت المواقعة ، وقال المتولي : إن كان زمن حيضها لا يزيد علىٰ ثلاثة أيام . . أمهلت ، وقال الغزالي : إذا علمت من عادته أنه يغشاها في الحيض . . فلها الامتناع من مضاجعته والنفاس كالحيض .

قال : (**ولا تسلم صغيرة ولا مريضة حتىٰ يزول مانع وطء**) ؛ لأن العادة لم تجر بتسليم مثلها .

ومقتضىٰ عبارته : أن التسليم في هـٰذه الحال حرام ، والمجزوم به الكراهة في الصغيرة ، ولا يجوز للزوج وطؤها إلا إلى الاحتمال ، فلو قال الزوج : سلموا إليَّ الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلىٰ أن يزول ما بها . . قال الغزالي : لا يجاب ، وقال البغوي : يجاب في المريضة[1] دون الطفلة .

لـٰكن تستثنى المرأة النحيفة الجبلة ، فليس لها أن تمتنع بهـٰذا العذر ؛ لأنه لا شيء يتوقع زواله ، فكانت كالرتقاء .

---

(١) في هامش (ز) : (وفي معنى المريضة : الهزيلة التي تتضرر بالوطء) .

فروع :

لم يذكر المصنف محل التسليم ، وهو منزل الزوج كما قال في « التنبيه » في آخر (كتاب النكاح) ، هـٰذا إذا لم ينتقل إلىٰ بلد آخر ، فإن انتقل . . لم يجب عليها التسليم ، بل الواجب عليها في هـٰذه الحالة التمكين ، فلو تزوج ببغداد امرأة بالكوفة ، ثم انتقل إلى الموصل وطلب إحضارها . . فمؤنة التسليم من الكوفة إلىٰ بغداد عليها ، ومن بغداد إلى الموصل عليه كما نقله الشيخان عن « مجرد الحناطي » وأقراه[1] .

وللزوج أن يمتنع من تسلّم الصغيرة ؛ لأنه تزوج للاستمتاع لا للحضانة ، وليس له في المريضة الامتناع علىٰ أقيس الوجهين .

ولو اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لا تحتمل الجماع ، وقال الآخر : تحتمله . . فهل القول قول منكر الاحتمال أو تعرض علىٰ أربع نسوة أو رجلين من المحارم؟ وجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : الثاني .

وقيل : يكتفىٰ بقول امرأة واحدة سلوكاً به مسلك الخبر ، حكاه في « الكفاية » .

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها إلي ، وقال الأب : ماتت . . فالقول قول الزوج .

قال : (**ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض**)[2] وكذلك النفساء والوطء في

---

(١) في هامش (ز) : (قال الأذرعي بعد هـٰذا : ورأيت في « فتاوى الحناطي » : أنه سئل عمن خرج إلىٰ مكة وزوج ابنته هناك ، هل يجب عليها الخروج إلىٰ مكة إذا التمسها الزوج؟ فقال : نعم إذا وفاها مهرها ، وعليه الزاد والراحلة للسفر . اهـ

وهـٰذا يخالف ما نقلاه عن « المجرد » ، ويجوز أن يجمع بينهما بأن ما في « المجرد » صورته : إذا أذنت في تزويجها من رجل ببغداد ، وما في « الفتاوىٰ » صورته : إذا زوجها أبوها من رجل بمكة جبراً بغير إذنها ، ويفرق بأنها إذا أذنت في العقد عليها . . فقد رضيت بأنها تسلم نفسها هناك ، فلزمها مؤنة التسليم والتوصيل إليه ، وما إذا لم تأذن . . فلم تلتزم شيئاً ، وقد لا يفي المهر بمؤنة السفر من خراسان إلىٰ مكة ، وفي ذلك ضرر عليها لم ترض به ، ولا أذنت فيما يقتضيه . انتهىٰ كلام الأذرعي من « الغنية ») .

(٢) في هامش (ز) : (وأورد في « المهمات » على الأصحاب : أنهم اكتفوا في الاستقرار بالوطء=

الإحرام ونهار رمضان ؛ لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداء ، فالوطء في النكاح أولىٰ أن يقرر المهر الواجب ، ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن أصابها . . فلها المهر بما استحل من فرجها » .

وكذا يتقرر بالوطء في الدبر على الأصح ، لا بالمباشرة فيما دون الفرج ، ولا باستدخال المني على الصحيح فيهما .

فرع :

اشترت الحرة زوجها بعد الدخول والصداق باق . . سقط على الصحيح ؛ إذ لا يجب للسيد علىٰ عبده شيء ، وبهـٰذا أجاب القفال لما سئل في المنام عن هـٰذه المسألة ، فهـٰذا يستثنىٰ[1] ، وكذا إذا كان الواطىء أو الموطوءة خنثىٰ مشكلاً ؛ لاحتمال زيادة العضو ، قاله البغوي ، لـٰكن تقدم أنه لا يصح نكاح الخنثى المشكل .

قال : (**وبموت أحدهما**) ؛ لإجماع الصحابة علىٰ ذلك ، ولأنها نهاية النكاح فكانت كآخر مدة الإجارة ، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه في إيجاب البدل ، وما جزم به المصنف هو المعروف .

= ولا بد معه من قبض العين ؛ لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالبيع ، فكما قالوا : إن المبيع قبل القبض غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض . . فكذلك الصداق .

قلت : المراد بالاستقرار هنا : الأمن من سقوط كل المهر أوبعضه كالتشطير ، وفي البيع : الأمن من الانفساخ ، فالمبيع إذا تلف قبل القبض . . انفسخ البيع ، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض . . لم يسقط المهر ، بل يجب بدل البضع وهو مهر المثل علىٰ ضمان العقد ، وبدل العين علىٰ ضمان اليد ، فافترق البابان ، والله أعلم) .

(١) في هامش (د) : (السيد هل يثبت له في ذمة عبده مال في الدوام؟ فيه وجهان واضطراب في الترجيح ، وعلىٰ تقدير ترجيح السقوط فلا تستثنىٰ هـٰذه المسألة من الاستقرار بالوطء ، فلا خلاف أنه استقر على العبد بالوطء ، بدليل أنه إن طلق . . لا يتشطر ، كما لو طلق الحر زوجته بعد الدخول ، وسقوطه بطروء الملك لا ينافي الاستقرار ؛ لأن السقوط لمانع طرأ ، وهو طروء ملكها لزوجها ، فهو كما لو سقط بطريق آخر) .

وحكى الرافعي عن صاحب « التتمة » وجهين فيه أسقطهما من « الروضة »[١] .

ويستثنىٰ من كون الموت مُقرراً : ما إذا قتل السيد الأمة ، أو قتلت نفسها قبل الدخول كما تقدم في الباب قبله ، ثم إن الموت إنما يقرر إذا كان النكاح صحيحاً ، فإن كان فاسداً . . لم يقرر مهراً إجماعاً .

قال : (**لا بخلوة في الجديد**) سواء استمتع بها معانقة أو تقبيلاً أم لا ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ولا مسيس ، ولقوله تعالىٰ : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ﴾ ، وقال ابن عباس : الإفضاء هنا : الوطء ، وقول الفراء : إنه الخلوة . . مردود بقول ابن عباس .

والقديم ـ وإليه ذهب أبو حنيفة وأحمد ـ : أن الخلوة كالوطء في تقرير المهر وإيجاب العدة ؛ لما روي عن عمر وعلي أنهما قالا : (إذا أغلق باباً وأرخىٰ ستراً . . فلها الصداق كاملاً ، وعليها العدة)[٢] .

ومحل القولين في النكاح الصحيح ، أما الفاسد . . فلا تقرر الخلوة فيه مهراً إجماعاً كما تقدم .

---

(١) في هامش (د) : (قال السبكي : وذكر المتولي وجهين في إطلاق القول بأن المهر يتقدر بالموت ، قيل : لأن التقدير إنما يحسن إطلاقه إذا كان يتوقع مسقط وبعد الموت لا يتوقع ، وقيل : نعم ، والمسقط الطلاق والردة قبل الدخول ، ولا يتصور أن يُعدّ الدخول ولا يعد الموت ، وفائدة الخلاف في المفوضة إذا مات زوجها ، إن قلنا : الموت مقرر . . استحقت مهر المثل ؛ وإلا . . فلا ، وكذا في عفو الولي عن مهر الصغيرة إن قلنا : مقرر . . ليس له أن يعفو ، وإن قلنا : لا . . فيصح ، قالهما المتولي ، واعترض الرافعي على الأول بأنه لا يلزم من كون الموت مقرراً وجوب المهر في صورة التفويض ؛ لأن التقرير إنما يكون بوجوب سابق) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٨٧٧) ، والدارقطني (٣/ ٣٠٧) ، والبيهقي (٧/ ٢٥٥) .

فَصْلٌ :

نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ مَغْصُوبٍ . . وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ ، . . . .

تتمة :

على القديم : هل يشترط في تقرير المهر بالخلوة أن لا يكون هناك مانع شرعي بهما أو بأحدهما كالحيض والنفاس وصوم الفرض والإحرام؟ فيه وجهان : أظهرهما : أنه يشترط ، وجزم المتولي بمقابله ، ويشترط أن لا يكون مانع حسي كرتق أو قرن فيها ، أو جب أو عنة فيه قطعاً .

وعلى الجديد : لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة . . لم يرجح جانبها ، وكان القول قوله مع يمينه ، فلو أقامت بينة علىٰ إقراره بالوطء . . سمعت ، ويقبل فيها شاهد وامرأتان ، ولا خلاف أنها لو أتت بولد . . لحقه .

قال : **(فصل)**

عقده للصداق الفاسد وله أسباب : عدم المالية ، وتفريق الصفقة ، والشرط ، وتفريط الولي ، والمخالفة .

وقد تقدم : أن إخلاء النكاح عن تسمية المهر صحيح بلا خلاف ، أما إذا عقده علىٰ مهر فاسد . . ففي انعقاده خلاف :

الجديد : الصحيح الانعقاد ، ويجعل كأنه أخلاه عنه .

والقديم : يفسد النكاح بفساد الصداق ؛ لأنه لما ذكره . . جعله ركناً فيه فيفسد بفساده .

قال : **(نكحها بخمر أو حر أو مغصوب . . وجب مهر مثل)** ؛ لأنها لم ترض بإتلاف بضعها من غير بدل ، ولم يسلم لها . . فوجب بدله .

وذكر المصنف ثلاثة أمثلة : الخمر والحر وهما ليسا بمال ، والمغصوب مال ، ولـٰكنه لا يمكنه تصحيح العقد فيه ؛ لعدم ملك الزوج له ، وعجزه عن نقله إلىٰ غيره ، ونبه به علىٰ أن ما لا يقدر علىٰ تسليمه كالآبق والمرهون في معناه .

وَفِي قَوْلٍ : قِيمَتُهُ ، أَوْ بِمَمْلُوكٍ وَمَغْصُوبٍ . . بَطَلَ فِيهِ وَصَحَّ فِي ٱلْمَمْلُوكِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

والقول بوجوب المهر جديد ، وبه قال أبو حنيفة ، والقول بوجوب بدل الصداق الفاسد قديم ، وبه قال أحمد .

قال : (**وفي قول : قيمته**) ؛ لأن ذكر العوض يقتضي قصده .

والمراد بـ(القيمة) : التقدير ، فيقدر الرق في الحر ، والعصير في الخمر ، والخلاف ينبني علىٰ أنه مضمون في يد الزوج ضمان عقد أو ضمان يد .

واختلفوا في محل القولين في الحر[1] فقيل : مطلقاً ، والأصح : أنهما فيما إذا قال : أصدقتك هـٰذا العبد علىٰ ظن أنه رقيق ، أو مع العلم بأنه حر ، أما إذا قال : أصدقتك هـٰذا الحر . . فالعبارة فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً .

والتعبير بـ(القيمة) فيه تساهل ؛ فإن الخمر لا قيمة لها ، والمغصوب قد يكون مثلياً ، فلو عبر بالبدل . . كان أولىٰ ، والعجب أن الرافعي أنكر على الغزالي تعبيره بـ(القيمة) ثم وقع فيه في « المحرر » فوافقه المصنف .

وتصويرهم المسألة بالخمر أو الخنزير يقتضي أن محلها فيما كان مقصوداً ، فأما غير المقصود كالدم والحشرات . . فلا يأتي ذلك فيه ، وينبغي أن تكون كالمفوضة ، وهو قياس ما ذكروه في(الخلع) : أنه إذا خالعها علىٰ ذلك . . يقع رجعياً ؛ لأنه لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطمع في شيء ، لـٰكنهم صرحوا هنا بأنه لا فرق ، وعلىٰ هـٰذا : يحتاج للفرق بينه وبين الخلع .

وحيث وجب مهر المثل لفساد التسمية . . استقر بالموت أو الدخول .

هـٰذا كله في غير أنكحة الكفار ، فأما في أنكحتهم . . فهو صحيح إذا اعتقدوه صحيحاً كما تقدم .

قال : (**أو بمملوك ومغصوب . . بطل فيه وصح في المملوك في الأظهر**) كما إذا باع خلاً وخمراً ، أو عبده وحراً ، وقد تقدم في (البيع) بيانه .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (الطريقان لا يختصان بالحر ، بل يجريان في الخمر والخنزير وغير ذلك كما ذكره الرافعي والنووي) .

وَتَتَخَيَّرُ ؛ فَإِنْ فَسَخَتْ . . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : قِيمَتُهُمَا ، وَإِنْ أَجَازَتْ . . فَلَهَا مَعَ ٱلْمَمْلُوكِ حِصَّةُ ٱلْمَغْصُوبِ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ بِحَسَبِ قِيمَتِهِمَا ، وَفِي قَوْلٍ : تَقْنَعُ بِهِ . وَلَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِي وَبِعْتُكَ ثَوْبَهَا بِهَـٰذَا ٱلْعَبْدِ . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ ، وَكَذَا ٱلْمَهْرُ وَٱلْبَيْعُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

قال : (**وتتخير**) هي ؛ لأن المسمىٰ بتمامه لم يسلم لها .

قال : (**فإن فسخت . . فمهر مثل ، وفي قول : قيمتهما**) هما القولان المتقدمان ، وكذلك يأتي هـٰذان القولان إذا قلنا بمقابل الأظهر وهو : عدم الصحة في المملوك أيضاً .

قال : (**وإن أجازت . . فلها مع المملوك حصة المغصوب من مهر مثل بحسب قيمتهما ، وفي قول : تقنع به**) ولا شيء لها غيره ، وهما القولان في أن الإجازة عند تفريق الصفقة بالقسط أو بالجميع ، وقد تقدما في (البيع) .

فرع :

أصدقها عبداً أو ثوباً ولم يصفه . . فالتسمية فاسدة والواجب مهر المثل .

وقال الأئمة الثلاثة : يجب عبد أو ثوب وسط وتصح ، وإن وصف العبد والثوب . . صحت التسمية ووجب المسمىٰ .

قال : (**ولو قال : زوجتك بنتي وبعتك ثوبها بهـٰذا العبد . . صح النكاح**)[1] ؛ لأنه لا يفسد بفساد الصداق .

قال : (**وكذا المهر والبيع في الأظهر**) هما القولان السابقان في تفريق الصفقة في الحكم ، والمسألة تقدمت في آخر (المناهي) حيث قال : (أو بيع ونكاح . . صح النكاح ، وفي البيع والصداق القولان) .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (الاحتراز عما إذا قال : زوجتك بنتي وبعتك ثوبي ؛ فإنه يخرج على القولين فيما إذا كان لكلٍّ عبد فباعاهما بثمن واحد . . فإنه لا يصح على الأظهر ، والحكم في هـٰذه : أنه يصح النكاح ويفسد الصداق والبيع ولها مهر المثل) .

وَيُوَزَّعُ ٱلْعَبْدُ عَلَى ٱلثَّوْبِ وَمَهْرِ ٱلْمِثْلِ . وَلَوْ نَكَحَ بِأَلْفٍ عَلَىٰ أَنَّ لِأَبِيهَا أَلْفاً أَوْ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفاً . . فَٱلْمَذْهَبُ : فَسَادُ ٱلصَّدَاقِ وَوُجُوبُ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ . . . .

وصورة المسألة : أن يكون ولياً علىٰ مالها أو وكيلاً ، وأن يكون الثوب معيناً .

وأفهمت عبارة المصنف أن صورة المسألة : أن يكون من أحد الطرفين عرض ومن الآخر نقد[1] ، فلو كانا نقدين كما لو كان لها مئة درهم فقال : زوجتك بنتي وملكتك هـٰذه الدراهم بهاتين المئتين . . فالعقد والصداق باطلان على النص ؛ لأنه من قاعدة : (مد عجوة ودرهم) ، وإن كان من أحدهما ذهب . . فهو جمع بين بيع وصرف .

وكلام المصنف هنا وفي (البيع) يقتضي أن النكاح صحيح بلا خلاف ، وليس كذلك ، بل فيه وجه بناء على القول المخرج : أنه يفسد بفساد الصداق .

قال : (**ويوزع العبد على الثوب ومهر المثل**) فإذا كان مهر المثل ألفاً والثوب يساوي ألفاً والعبد يساوي ألفاً . . فنصف العبد صداق ونصفه ثمن مبيع ، فإن طلقها قبل الدخول . . رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد ، وإن فرضت ردة أو فسخ . . رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد .

ولو تلف العبد قبل القبض . . يسترد الثوب ولها مهر المثل في الأظهر ، ونصف قيمة العبد في القول الآخر .

ولو وجد الزوج بالثوب عيباً ورده . . استرد نصف العبد .

ولو وجدت العبد معيباً وردته . . استردت الثوب وترجع بمهر المثل في الأصح ، وبنصف القيمة في الثاني .

وإذا قلنا بالتوزيع . . فشرطه : أن تكون حصة النكاح مهر المثل ، فإن كانت أقل . . وجب مهر المثل بلا خلاف كما ذكره في « شرح المهذب » في (باب تفريق الصفقة) .

قال : (**ولو نكح بألف علىٰ أن لأبيها ألفاً أو أن يعطيه ألفاً . . فالمذهب : فساد الصداق ووجوب مهر المثل**) نقل المزني عن الشافعي : أنه نص في الأولىٰ علىٰ فساد

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (عبارة المصنف لا تفهم ما ذكره ، فلو قال : وفي معنىٰ ما ذكره المصنف أن يكون من أحد الطرفين عوض ومن الآخر نقد . . .إلخ . . لكان أولىٰ) .

وَلَوْ شَرَطَ خِيَاراً فِي ٱلنِّكَاحِ . . بَطَلَ ٱلنِّكَاحُ ، أَوْ فِي ٱلْمَهْرِ . . فَٱلأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلنِّكَاحِ . . . .

الصداق ، وفي الثانية علىٰ صحته ، فاختلف الأصحاب فيهما في ذلك علىٰ طرق :

المذهب منها : فساد الصداق في الصورتين ، ويجب مهر المثل كما يفسد بشرط الاستحقاق ، وعلىٰ هـٰذا : منهم من غلط المزني في نقله الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله .

والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولىٰ دون الثانية ؛ جرياً علىٰ ظاهر النص .

والفرق : أن قوله : (علىٰ أن لأبيها ألفاً) فيه شرط عقد في عقد ، فأشبه ما إذا قال : بعتك بكذا علىٰ أن تهب لفلان كذا ، وفي الصورة الثانية المشروط الإعطاء معطوفاً على الألف الأول ، فيشعر بأن الصداق ألفان ، والزوج نائب عنها في دفع أحد الألفين إلى الأب ، أو الأب نائب عنها في القبض .

والطريق الثالث : أن الصورتين علىٰ قولين ، وجهُ الفساد فيهما ما تبين ، ووجه الصحة : أن الألفين ملتزمان في مقابلة البضع ، وهي المالكة له فتستحقهما ، وتلغو الإضافة إلى الأب .

وقيل : إن شرطه الزوج . . فسد ، أو هي . . فلا .

هـٰذا إذا قرىء (يعطيه) بالياء آخر الحروف ، فإن قرىء بالتاء ثالثة الحروف . . فهو وعد هبة منها لأبيها .

قال : (**ولو شرط خياراً في النكاح . . بطل النكاح**) ؛ لأن مبناه على اللزوم ، فشرط ما يخالف مقتضاه يمنع صحته ، وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ويلغو الشرط .

قال : (**أو في المهر . . فالأظهر : صحة النكاح**) ؛ لأن فساد الصداق لا يؤثر فيه .

والثاني : يبطل النكاح ، وفي سببه وجهان :

أحدهما : فساد الشرط وتأثيره في فساد العوض ، وهـٰذا القائل يقول بفساد النكاح بجميع الشروط الفاسدة والأعواض الفاسدة .

لاَ ٱلْمَهْرِ . وَسَائِرُ ٱلشُّرُوطِ إِنْ وَافَقَ مُقْتَضَى ٱلنِّكَاحِ أَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ . . لَغَا ، وَصَحَّ ٱلنِّكَاحُ وَٱلْمَهْرُ . وَإِنْ خَالَفَ وَلَمْ يُخِلَّ بِمَقْصُودِهِ ٱلأَصْلِيِّ كَشَرْطِ أَنْ لاَ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ لاَ نَفَقَةَ لَهَا . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ وَفَسَدَ ٱلشَّرْطُ . . . .

والثاني : أن سبب الفساد : أن الصداق أحد العوضين ، والخيار في أحد العوضين يتداعىٰ إلى الثاني ، فكأنه شرط الخيار في المنكوحة .

قال : (**لا المهر**) ؛ فإن الأصح أنه يفسد ويجب مهر المثل ؛ لأن الصداق لا يتمحض عوضاً ، بل فيه معنى النحلة فلا يليق به الخيار ، والمرأة لم ترض بالمسمىٰ إلا بشرط الخيار .

والثاني : يصح ويثبت فيه الخيار ؛ لأن الصداق عقد مستقل بنفسه فالمقصود منه المال ، فلا يبطل بشرط الخيار كالبيع ، وعلىٰ هـٰذا : ففي ثبوت الخيار وجهان : أصحهما : الثبوت ، وبه قال أبو حنيفة .

قال : (**وسائر الشروط**) أي : باقيها (**إن وافق مقتضى النكاح أو لم يتعلق به غرض . . لغا ، وصح النكاح والمهر**) الشرط في النكاح إن لم يتعلق به غرض . . فهو لغو محض كنظيره من البيع ، وإن وافق مقتضى العقد . . لم يؤثر في النكاح ولا في الصداق كما إذا شرط أن يقسم لها أو ينفق عليها ، أو يتسرىٰ أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا تخرج إلا بإذنه ، فهـٰذا لا يؤثر في صحة النكاح ، ولأنه غير مناف له ، بل هو مؤكد له[1] ، ويصح المهر ؛ لصحة الشرط .

قال : (**وإن خالف ولم يخل بمقصوده الأصلي كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا نفقة لها . . صح النكاح**) ؛ لأنه لا يمنع المقصود وهو الاستمتاع ، ولأن فساد العوض لا يؤثر فيه ، ففساد الشرط أولىٰ ، وقيل : يبطل بناء على البطلان بفساد الصداق .

قال : (**وفسد الشرط**) ؛ لأنه مخالف لموجب العقد ، وقال أحمد : إن شرط ما ينفعها . . صح الشرط ، فإن لم يف . . فلها الخيار .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (وهل الشرط صحيح مؤكد أو لغو؟ وجهان في البيع ، وهما جاريان هنا) .

واحتج الأصحاب بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » متفق عليه [خ ٢٥٢١ـم ١٥٠٤/٨] .

وأما صحة النكاح . . فهو المشهور ؛ لأن فساد العوض لا يؤثر فيه ، ففساد الشرط أولىٰ ، وحكي وجه أو قول : أنه يبطل النكاح .

وأغرب الترمذي فحكىٰ في « جامعه » [٣/٤٣٤] عن الشافعي : أن من تزوج امرأة بشرط أن لا يخرج بها من بلدها . . أنه يلزمه الشرط كمذهب أحمد .

قال : (**والمهر**) ؛ لبطلان ما شرطه ، وهو يقتضي سقوط ما يقابله إن كان الشرط له وهو مجهول ، والمجهول إذا أسقط من المعلوم . . يصير الباقي مجهولاً ، أو ضم ما يقابله إن كان الشرط لها ولا قيمة له ، والمجهول إذا ضم إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً ، وإذا فسد . . وجب مهر المثل ؛ دفعاً للضرر ، سواء زاد علىٰ ما في العقد أو نقص ، ولأنه يتأثر بالشرط الفاسد فيكون الواجب مهر المثل .

وقال ابن خيران : إن زاد المسمىٰ والشرط لها كأن لا يتزوج عليها أو لا يتسرىٰ أو لا يطلق أو تخرج متىٰ شاءت ، أو نقص والشرط عليها كترك النفقة والقسم . . وجب المسمىٰ ، كذا نقل الرافعي هـٰذا الوجه ، وعكسه في « الروضة » وهو وهم لا يساعده عليه المعنىٰ[1] .

قال : (**وإن أخل كأن لا يطأ أو يطلق . . بطل النكاح**)[2] .

---

(١) في هامش (د) و(ز) : (قوله : « وعكسه في « الروضة » ، وهو وهم . . . » تبع فيه الشيخ شهاب الدين ابن النقيب في « نكته » وهو وهم ، فالذي في « الروضة » كما في « الرافعي » ، فراجع نسختها وتعجب من ذلك) .

(٢) في هامش (ز) : (ما ذكره من البطلان في شرط ترك الوطء تبع فيه « المحرر » و« الشرح الصغير » و« التنبيه » ، وهو فيه في « باب ما يحرم من النكاح » ، لـٰكن صحح في « الروضة » و« أصلها » و« تصحيح التنبيه » البطلان فيما إذا شرطت ذلك الزوجة ، والصحة فيما إذا شرطه الزوج ؛ لأنه حقه فله تركه والتمكين عليها ، وعليه مشى « الحاوي » ، ثم قال الرافعي : ولك أن تقول : إذا شرط أحدهما شرطاً ، فإن لم يساعده صاحبه . . لم يتم العقد ، وإن ساعده . . فالزوج بالمساعدة تارك لحقه ، فهلا كانت مساعدته كشرطه؟! وهي بالمساعدة مانعة حقه ، =

. . . .

أما الأول . . فلمنافاته لمقصود العقد .

وأما الثاني : فسبق في (التحليل) ، ومثلها إذا شرط أن لا يطأ في السنة إلا مرة .

ويستثنىٰ من الأول : الميؤوس من احتمالها الوطء[1] إذا شرط الزوج تركه في صلب العقد . . لا يضر كما أفتىٰ به البغوي ، وقياسه : لو كان الزوج ممسوحاً وشرط ذلك . . لا يضر ، وإذا صححنا النكاح . . أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فروع :

نكحها علىٰ ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلىٰ ألفين إن أخرجها . . فالصداق فاسد ، والواجب مهر المثل أخرجها أو لم يخرجها .

وإن تزوجها علىٰ أن لا ترث منه ، أو علىٰ أن لا يرث منها ، أو علىٰ أن لا يتوارثا ، أو علىٰ أن النفقة علىٰ غير الزوج . . بطل النكاح على المشهور[2] .

ولو زوج أمته عبد غيره بشرط أن يكون الأولاد بين السيدين . . صح النكاح وبطل

= فهلا كانت مساعدتها كشرطها؟! قال السبكي : وهـٰذا ضعيف ؛ لأن الاشتراط إلزام ، والمساعدة التزام ، والشرط على الملتزم للملزم ، ولا ينعكس .

وقال ابن النقيب : هـٰذا إن ظهر فيما شرطت هي ، فلا يظهر فيما إذا شرط هو ؛ لأن شرطه التزام لا إلزام ، فإذا شرطت وساعدها . . فليؤثر في عدم البطلان ؛ فإن المؤثر من طرفه التزام ترك حقه .

وحاصله : أن الشارط إنما يكون ملزماً إذا كان الحق له ، أما إذا كان عليه . . فهو ملتزم ، وكذا المساعد إنما يكون ملتزماً إذا كان الحق عليه ، أما إذا كان له . . فهو ملزم) .

(١) في هامش (ز) : (وكذا إن لم تحتمله في الحال فشرط أن لا يطأ إلى الاحتمال) .

(٢) في هامش (د) و(ز) : (الرافعي والنووي إنما نقلا ذلك عن الحناطي ، ولم يقل الحناطي : إن البطلان هو المشهور ، وعبارة الرافعي : يبطل النكاح ، وفي قول : يصح النكاح ويبطل الشرط ، قال الأذرعي : وهـٰذا القول هو الأصح المختار ، ولا سيما إذا شرطا النفقة علىٰ غير الزوج ؛ لأنه لو شرط عدم النفقة أصلاً . . لم يبطل على المشهور ، وأنه لو شرط المهر لابنها . . فسد الصداق وصح النكاح ، فلذا يجب أن يكون الحكم هنا كذلك) .

الشرط ، نص عليه في « الإملاء » ، وفي قول : يبطل النكاح .

قال : (**ولو نكح نسوة بمهر**) هٰذا يتصور عند اتحاد الولي بأن يكون له بنات بنين ، أو إخوة أو أعمام أو معتقات ، ويتصور مع تعدد الولي بأن وكل أولياء نسوة رجلاً . . فالنكاح صحيح جزماً .

قال : (**فالأظهر : فساد المهر**) ؛ لأن كل واحدة تجهل ما يخصها في الحال فلم يصح .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ : أن الصداق يصح ؛ لأن الجملة معلومة ، والتفصيل يعلم بالتوزيع ، وإذا علمت الجملة والتفصيل . . كفىٰ ذلك لصحة العقد ، كما لو باع عبيداً له أو شقصاً وعبداً . . يجوز وإن كانت حصة كل واحد مجهولة .

ولو قال : بعتك هٰذه الصبرة كل صاع بدرهم . . يصح وإن كانت الجملة مجهولة .

وجوابه : أن المالك هناك واحد وهو عقد واحد ، وهنا المالك متعدد ، والزوجات كالعاقدين ، وتعدد العاقد يوجب تعدد العقد ، والصداق مجهول في كل عقد فيفسد ، وعلىٰ هٰذا : فيوزع المسمىٰ علىٰ مهر أمثالهن ، وقيل : علىٰ عدد رؤوسهن ، وضعفه الإمام .

ويجري القولان فيما لو خالع نسوة علىٰ عوض واحد . . هل يفسد العوض؟ وأما البينونة . . فتحصل قطعاً .

قال : (**ولكل مهر مثل**) ؛ لجهالة المذكور ، هٰذا هو الصحيح

وقيل : يوزع المسمىٰ[1] علىٰ مهور أمثالهن ، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ،

---

(١) في هامش (د) : (قوله : « وقيل : يوزع المسمىٰ . . . إلخ » ، لم يتبع في ذلك الرافعي في « الروضة » والسبكي وابن النقيب في « النكت » والأذرعي ، لٰكنه زاد فقال : ولكل واحدة منهن ما يقتضيه التوزيع من مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان متقوماً ، كما لو خرج مستحقاً . . فالحاصل لهن علىٰ هٰذا القول كالحاصل لهن على القول بصحة المسمىٰ ، هٰذه عبارته .
هٰذا القول من أصله غلط كما نبه عليه في « المهمات » ، وزاده الأذرعي غلطاً آخر : أنا إذا=

وَلَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ بِفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ ، أَوْ نَكَحَ بِنْتاً لاَ رَشِيدَةً ، أَوْ رَشِيدَةً بِكْراً بِلاَ إِذْنٍ بِدُونِهِ . . فَسَدَ ٱلْمُسَمَّىٰ ، . . . .

ويكون الحاصل لهن علىٰ هـٰذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحة المسمىٰ .

ويستثنىٰ من جريان الخلاف ما لو زوج أمتيه بعبد علىٰ صداق واحد . . فإنه يصح الصداق جزماً ؛ لاتحاد المستحق فكان ذلك كبيع عبدين بثمن .

ونظير المسألة : ما إذا كاتب عبيداً بعوض واحد ، والنص فيها الصحة .

ولو اشترىٰ عبيداً لملاكٍ لكلٍّ عبد بثمن واحد صفقة . . فالنص فيها : البطلان .

والأصح : طرد القولين فيهما ، وقيل بتقرير النصين[١] .

والفرق : أن البيع معاوضة محضة ، وفساد العوض يلغيه بالكلية ، وفي الكتابة شائبة التعليق ، ففساد العوض لا يلغيها بالكلية ، بل إذا أدى المسمىٰ . . عتق بالصفة ، وقد تقدمت مسألة البيع فيه ومسألة الكتابة تأتي في بابها .

قال : (**ولو نكح لطفل بفوق مهر مثل ، أو نكح بنتاً لا رشيدة ، أو رشيدة بكراً بلا إذن بدونه . . فسد المسمىٰ**) ؛ لأن تصرف الأب بخلاف الغبطة لا يصح[٢] ، وهو بالزيادة في الأول والنقص في الثاني ، والمجنون في ذلك كالطفل ، وقال الأئمة الثلاثة : يصح بالمسمىٰ .

= أوجبنا مثل المسمىٰ أو قيمته كيف يكون الحاصل لهن كالحاصل على القول بصحة المسمىٰ؟) .

(١) في هامش (د) و(ز) : (بقي طريقتان :
إحداهما : يفسد البيع ، وفي الكتابة قولان .
والثانية : تصح الكتابة ، وفي البيع قولان ، فراجع الطرق من « الرافعي ») .

(٢) في هامش (د) : (أي : في غير صورة الطفل ، وهو قول حكاه الإمام في « النهاية » في أول « كتاب الصداق » ، وعلله بأن الأب لا يتهم في حق طفله .
ومن وجوه الرأي : إذا كان الخاطب كفءاً مرغوباً فيه احتمال الوكسة في المهر ، قال : وهـٰذا مخرج علىٰ قول الشافعي : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي ، ثم ادعىٰ في « باب المفوضة » : أنه لم يصر أحد من الأصحاب إلى انعقاد النكاح بالمسمىٰ ولم يستحضر ما أسلفه ، وحكى الماوردي في « كتاب الرضاع » وجهين في صحة إصداقها دون مهر المثل إن قلنا : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي ، وقال : أصحهما : المنع) .

لنا : القياس علىٰ ما لو باع مالهما بدون ثمن المثل .

وقوله : (بنتاً) ضبطه المصنف بخطه بالباء الموحدة ثم بالنون ثم بالتاء المثناة من فوق ، وعبارة « المحرر » : ابنته الصغيرة أو المجنونة ، فعبر عنه في الكتاب بقوله : (لا رشيدة) ، وهو يشمل البالغة العاقلة غير الرشيدة ؛ فإن إذنها بدون مهر المثل غير معتبر ، غير أن هـٰذا التركيب لا يستقيم من جهة العربية ؛ فإن من قواعدهم : أن (لا) إذا دخلت علىٰ مفرد وهو صفة لسابق . . يجب تكرارها نحو : ﴿ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ ﴾ ، ﴿ زَيْتُونَةٍ لَّا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ ﴾ .

ومقتضىٰ كلام المصنف الفساد فيما إذا كانت الزيادة من مال الأب أيضاً ، وهو أحد احتمالي الإمام ؛ لأنه يدخل في ملك الابن ثم يكون متبرعاً بالزيادة .

والاحتمال الثاني ـ وبه قطع الغزالي والبغوي ، وبه جزم في « الحاوي الصغير » ـ : أنه لا يفسد الصداق ، ويجب المسمىٰ سواء كان عيناً أو ديناً ، والظاهر الأول[1] ، وبه قطع الماوردي وغيره ؛ لأنه يدخل تبعاً لا مقصوداً .

والذي ذكره المصنف هنا من تصحيح بطلان الجميع صحح في (كتاب النكاح) في الكلام على المولىٰ عليه أن الزائد علىٰ مهر المثل فقط يبطل ، وكذلك وقع الموضعان في « الشرح الصغير » و« الروضة » و« المحرر » .

قال : (**والأظهر : صحة النكاح بمهر مثل**) كما في سائر الأسباب المفسدة للصداق ، وفيما إذا أصدقها عيناً وجه : أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل .

والثاني : لا يصح النكاح ؛ لأنه علىٰ خلاف المصلحة كتزويجها من غير كفء .

هـٰذا إذا كان مهر مثلها يليق به ، فلو نكح له شريفة يستغرق مهر مثلها ماله . . فقياس ما صححوه في السفيه : أنه لا يصح هنا أيضاً ؛ لأنه علىٰ خلاف المصلحة .

---

(١) في هامش (ز) : (ورجح المتولي وغيره البطلان ، كما لو أصدق عنه أمة) .

وَلَوْ تَوَافَقُوا عَلَىٰ مَهْرٍ سِرّاً وَأَعْلَنُوا زِيَادَةً . . فَٱلْمَذْهَبُ : وُجُوبُ مَا عُقِدَ بِهِ . وَلَوْ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا : زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَنَقَصَ عَنْهُ . . بَطَلَ ٱلنِّكَاحُ ، . . . .

فرع :

أصدق رشيد زوجة نقداً في ذمته ، فعوضها أبوه عوضاً من غير إذنه . . قال ابن الصلاح : يصح ويقدر انتقال الملك إليه ، ثم منه إلى الزوجة ، وبمثله أجاب صاحب « البيان » .

قال : (**ولو توافقوا علىٰ مهر سراً وأعلنوا زيادة . . فالمذهب : وجوب ما عقد به**) ؛ لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به .

روىٰ أحمد [٢/١٨٢] وأبو داوود [٢١٢٢] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت علىٰ صداق أو حباء قبل عصمة النكاح . . فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح . . فهو لمن أعطيه » .

والثاني : أن المهر مهر السر اعتباراً بتراضيهم واصطلاحهم .

وللشافعي في المسألة نصان منزلان علىٰ هـٰذا حيث قال : مهر السر ، أراد إذا جرى العقد بألف في السر ثم ذكروا في العلن ألفين تجملاً ، وحيث قال : مهر العلانية . . أراد ما إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ولم يعقدوا في السر ، ثم عقدوا في العلانية ، فيكون المهر ما عقد به العقد .

وقيل : قولان مطلقاً .

وقيل : يفسد المسمىٰ ويجب مهر المثل ، والخلاف كالخلاف في أن الاصطلاح الخاص هل يقضي على الاصطلاح العام .

وقال ابن المنذر : قال الشافعي : المهر مهر العلانية إلا أن يكون شهود المهرين واحداً . . فيثبتون علىٰ أن المهر مهر السر ، فتستثنى الصورة من إطلاقهم .

قال : (**ولو قالت لوليها : زوجني بألف فنقص عنه . . بطل النكاح**) كما لو قالت : زوجني من زيد فزوجها من عمرو ، وأفهم البطلان من باب أولىٰ إذا زوجها بلا مهر ، أو زوجها مطلقاً وسكت عن المهر ، سواء زوجها بنفسه أو بوكيله .

فَلَوْ أَطْلَقَتْ فَنَقَصَ عَنْ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ . . بَطَلَ ، وَفِي قَوْلٍ : يَصِحُّ بِمَهْرِ مِثْلٍ . قُلْتُ : ٱلأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلنِّكَاحِ فِي ٱلصُّورَتَيْنِ بِمَهْرِ مِثْلٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**فلو أطلقت فنقص عن مهر المثل. . بطل**) ؛ لأن الإطلاق يقتضي مهر المثل عرفاً ، فكأنها قيدت به .

قال : (**وفي قول : يصح بمهر مثل**) كسائر الأسباب المفسدة للمهر ، وهـٰذا الوجه صححه في « أصل الروضة » ، والرافعي لم يصححه ، بل حكىٰ قولين .

قال : (**قلت : الأظهر : صحة النكاح في الصورتين بمهر مثل والله أعلم**) وهـٰذه طريقة العراقيين .

فرع :

خطب الصغيرة من أبيها كفآن أحدهما بمهر المثل والثاني بأزيد ، فزوجها الولي الأول ، فهل يصح علىٰ قولنا : إنه لا يصح إذا زوجها بدون مهر المثل؟ فيه وجهان :

أصحهما في « البحر » : المنع ؛ لأن النكاح علىٰ هـٰذا القول معتبر بالبيع .

وجزم الإمام بالصحة إذا رأى المصلحة في ذلك ، وهو الأظهر[1] .

تتمة :

قال الولي للوكيل زوجها من شاءت بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل. . صح ، ولو قال : زوجها بألف ، فزوجها بخمس مئة برضاها. . قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ؛ لأن المهر حقها ، وقيل : لا يصح ؛ لأنه باشر غير ما وكل فيه .

ولو جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، وصدقه الولي والمرأة وجرى النكاح وضمن الوكيل الصداق ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين. . فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق؟ وجهان :

---

(١) في (ز) : (وهو الأصح) .

فَصْلٌ :

قَالَتْ رَشِيدَةٌ : زَوِّجْنِي بِلاَ مَهْرٍ ، فَزَوَّجَ وَنَفَى ٱلْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ . . فَهُوَ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ ، . . . .

أحدهما : لا ؛ لأن مطالبة الأصيل سقطت ، والضامن فرعه .

وأصحهما ـ وهو محكي عن نصه في « الإملاء » ـ : أنه يطالب بنصف الصداق ؛ لأن المال ثابت عليهما بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد علىٰ عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو . . يجوز لزيد مطالبة الضامن .

قال : (**فصل** :

قالت رشيدة[1] : **زوجني بلا مهر ، فزوج ونفى المهر أو سكت**[2] . . **فهو تفويض صحيح**) التفويض : إخلاء النكاح عن المهر ، وأصل التفويض : أن يجعل الأمر إلىٰ غيره ويكله إليه ، وقيل : هو الإهمال ، ومنه :

لا يصلح الناس فوضىٰ . . . . [3]

وسميت مفوضة ؛ لتفويضها أمرها إلىٰ غيرها بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر ، ومفوضة بفتح الواو ؛ لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج .

والتفويض ضربان : تفويض بضع وتفويض مهر ، فتفويض البضع : إخلاء النكاح عن المهر ، وهو المعقود له هـٰذا الفصل ، وتفويض المهر : أن تقول المرأة : زوجني

---

(١) في هامش (م) : (أي : بكراً كانت أو ثيباً) .

(٢) في هامش (ز) : (أو زوج بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد كما ذكره « الحاوي » ، أما لو سمىٰ لها الولي قدر مهر المثل من نقد البلد . . صح بالمسمىٰ ، وقد أورد ذلك ابن النقيب على قول « المنهاج » : « وإذا جرىٰ تفويض صحيح . . إلخ » ، ولا يرد ذلك ؛ لقوله أولاً : « قالت رشيدة . . » إلىٰ قوله : « فهو تفويض صحيح » ، فاعتبر في حقيقة التفويض أن ينفي الولي أويسلب عنه ، وقال ابن النقيب في قوله : فهو تفويض صحيح : هـٰذا ظاهر إذا سميناها مفوَّضة بفتح الواو ، أما إذا قيل مفوِّضة بكسر الواو . . فهو حاصل بقولها قبل أن يزوجها كذلك .

قلت : القصد بيان التفويض الشرعي دون اللغوي فلا يرد ذلك على كل حال) .

(٣) البيت للأفوه الأودي ، وهو بتمامه [من البسيط] :

لا يصلح الناس فوضىٰ لا سَراة لهم ... ولا سَراة إذ جهالهم سادوا

وَكَذَا لَوْ قَالَ سَيِّدُ أَمَةٍ : زَوَّجْتُكَهَا بِلاَ مَهْرٍ . وَلاَ يَصِحُّ تَفْوِيضُ غَيْرِ رَشِيدَةٍ . . . .

بما شئت ، أو علىٰ ما يشاء الخاطب أو فلان ، والتفويض الصحيح أن يكون من المستحق الرشيد كما فرضه المصنف .

ولو قالت الرشيدة : زوجني وسكتت عن المهر[1] . . فوجهان :

أحدهما ـ وبه جزم الإمام[2] ـ : أن هـٰذا ليس بتفويض ؛ لأن النكاح يعقد غالباً بمهر فيُحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر المثل ، فتستحقه بالعقد ، قال في « الشرح الصغير » : وهـٰذا هو الظاهر .

والثاني : أنه تفويض صحيح ، وهـٰذا هو الصواب المنصوص في « الأم »[3] كما قاله في « المهمات »[4] .

قال : (**وكذا لو قال سيد أمة : زوجتكها بلا مهر**) ؛ لأنه المستحق للمهر فأشبه الرشيدة، وكذا لو قال: زوجتكها وسكت عن ذكر المهر كما نص عليه في «الأم» أيضاً.

قال : (**ولا يصح تفويض غير رشيدة**)[5] ؛ لأن التفويض تبرع ، فإذا قالت

---

(١) في هامش (ز) : (قال البلقيني : وصورها الماوردي بما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً في العقد ، ولا شرط فيه أن ليس لها مهر . اهـ

ولما ذكر الرافعي أن من التفويض سكوت السيد عن المهر . . قال : وقد يقوىٰ بهـٰذا ما ذكره العراقيون ، أي : من أنه تفويض في المسألة السابقة .

قال ابن الرفعة : ولك أن تفرق بأن المرأة إذا أطلقت الإذن . . جاز أن يحمل علىٰ أن الولي يذكر المهر ، فلذلك لم يجعل تفويضاً ، ولا كذلك السيد ؛ فإنه لم يكن له من يحلفه فعد تفويضاً) اهـ

(٢) في هامش (ز) : (قال الرافعي : ذكره الإمام وغيره) .

(٣) في هامش (ز) : (وفي كتب العراقيين ما يقتضي ذلك ، وعبر في « الروضة » [٧/ ٢٨٠] ببعض كتب العراقيين) .

(٤) في هامش (ز) : (وكذا قال السبكي : الذي يظهر أنه تفويض) .

(٥) في هامش (ز) : (ولم يتعرضوا لتفويض المكاتبة والمريضة ، وقال البلقيني : مقتضى القواعد أن تفويض المكاتبة برضا السيد صحيح كالتبرع بالإذن ، وأما تفويض المريضة ، فإن صحت . . فصحيح ، وإن ماتت قبل الدخول . . كان تبرعاً على الوارث ، فإن لم يجز الورثة . . فلها مهر المثل ويستوي القولان) .

وَإِذَا جَرَىٰ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ. . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَجِبُ شَيْءٌ بِنَفْسِ ٱلْعَقْدِ ، فَإِنْ وَطِىءَ. . فَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَيُعْتَبَرُ بِحَالِ ٱلْعَقْدِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

السفيهة لوليها : زوجني بلا مهر. . كان إذنها في عدم المهر غير معتبر ، ويستفيد به الولي جواز التزويج ، ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج علىٰ أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، فزوجها الولي كذلك. . فوجهان :

أحدهما : بطلان النكاح .

وأصحهما : صحته ، وعلىٰ هـٰذا : هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أو يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق[1] ؛ لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل .

قال : (**وإذا جرىٰ تفويض صحيح. . فالأظهر : أنه لا يجب شيء بنفس العقد**) ؛ لأنه لو وجب به. . لتنصف بالطلاق ، ولأن المهر حقها فإذا رضيت بأن لا يثبت. . وجب أن لا يثبت ، كما أنها إذا رضيت بأن لا يبقىٰ. . لا يبقىٰ .

والثاني : يجب لها مهر المثل ؛ لأنه لو لم يجب. . لما استقر بالموت .

قال : (**فإن وطىء. . فمهر مثل**) ؛ لأن البضع حق لله تعالىٰ ، ولأنه لا يباح بالإباحة ، فيصان عن التصور بصورة المباحات .

وفيه وجه مخرج : أنه لا يجب بالوطء مهر ؛ لحصول الإذن من مالك البضع كما إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء المرهونة .

وهناك قول : إنه لا مهر ، لـٰكن هـٰذا الوجه هـٰهنا كاد أن يكون خارقاً للإجماع .

والفرق بينه وبين المرهونة : أن وطء المرهونة من غير عقد ، وهـٰذا في عقد ، لـٰكن يستثنىٰ ما تقدم في آخر الباب الذي قبله ويأتي في تتمة هـٰذا الفصل : أن الكافر لو نكح كافرة تفويضاً ثم أسلما. . فلا شيء لها بالوطء[2] .

قال : (**ويعتبر بحال العقد في الأصح**) ؛ لأن العقد هو الذي يقتضي الوجوب عند الوطء .

---

(١) في هامش (ز) : (نقله الشيخان عنه ، ولم ينقلا الأول عن أحد ، ولاذكرا ترجيحاً) .

(٢) في هامش (ز) : (ذكره في « الروضة » و« أصلها » في نكاح المشرك) .

وَلَهَا قَبْلَ ٱلْوَطْءِ مُطَالَبَةُ ٱلزَّوْجِ بِأَنْ يَفْرِضَ مَهْراً ، وَحَبْسُ نَفْسِهَا لِيَفْرِضَ ، . . . . .

والثاني : يعتبر مهر المثل بحالة الوطء ؛ لأنه وقت الوجوب ، وهـٰذا صححه في « الروضة »[1] و« الشرح الكبير » ، والذي صححه هنا تبع فيه « المحرر » و« الشرح الصغير » .

قال : (**ولها قبل الوطء مطالبة الزوج بأن يفرض مهراً**) ؛ لأن خلو النكاح عن المهر خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ، ولتكون علىٰ ثبت مما تسلم نفسها به ، وهـٰذا تفريع علىٰ أن لا مهر بالعقد ، فإن أوجبناه به . . فالأصح : أن لها طلب الفرض ؛ ليتقرر الشطر ، فلا يسقط لو طلقها قبل المسيس ، وخالف هـٰذا المطالبة بوطأة واحدة ، حيث لم يكن لها ذلك في الأصح وإن كانت تقرر المهر ؛ لأن الزوج يقدر على الفرض متىٰ شاءت ، بخلاف الوطء ، وكلام الشيخ كالصريح في مطالبته بأي مهر كان لا مهر المثل ، وهـٰذا هو القول القديم .

والجديد : الصحيح أنها تملك أن تطالبه بمهر المثل ، فلو زاد المصنف لفظة المثل . . لاستقام .

وهنا سؤال وهو : أنَّا إذا قلنا : يجب مهر المثل بالعقد . . فما معنى المفوضة؟ وإن قلنا : لم يجب شيء . . فكيف تطلب ما لم يجب لها؟ لا جرم استشكله الإمام وقال : من طمع أن يلحق ما وضعه على الإشكال بما هو بيِّن . . طلب مستحيلاً ، والمطلع على الحقائق هو الله سبحانه .

قال : (**وحبس نفسها ليفرض**) فتصل إلىٰ حقها .

---

(١) في هامش (ز) : (الذي في « أصل الروضة » : أن الأظهر أنه يجب أكثر مهر من العقد إلى الوطء ، وعبارة « الشرح الكبير » : أصحهما على ما ذكر الروياني ، وهو الذي أورده ابن الصباغ بحالة العقد ، ثم قال الرافعي : وقضيته إيجاب مهر مثل ذلك اليوم ، سواء كان أقل أو أكثر ، لـٰكن ذكر المعتبرون أنه إن كان أكثر . . وجب ، أو أقل . . لم يقتصر عليه كإتلاف المقبوض بشراء فاسد ، فالعبارة المطابقة للعرض : وجوب أكثر مهر من العقد إلى الوطء ، أو أكثر مهر من يوم العقد ويوم الوطء وذكر الحناطي نحوه . اهـ فأسقط في « الروضة » العبارة الثانية ، ومقتضاها : أنه لا تعتبر الحالة المتوسطة بينهما ، وحكى الرافعي في شرائه العتق عن الأكثرين اعتبار حالة العقد دون الأكثر ، وقد يجمع بينهما بأن المعتبرين هنا غير الأكثرين) .

وَكَذَا لِتَسْلِيمِ ٱلْمَفْرُوضِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا بِمَا يَفْرِضُهُ ٱلزَّوْجُ لاَ عِلْمُهَا بِقَدْرِ مَهْرِ ٱلْمِثْلِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَيَجُوزُ فَرْضُ مُؤَجَّلٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ ، وَقِيلَ : لاَ إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ . . . .

قال : (**وكذا لتسليم المفروض في الأصح**) كما لها ذلك في المسمىٰ في ابتداء العقد ، وكذا صححه في زوائد « الروضة » تبعاً لـ« المحرر » ، وهو الذي أورده الغزالي .

والثاني : لا ؛ لأنها سامحت بالمهر فكيف تليق بها المضايقة؟!

قال : (**ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج**) ؛ لأن الحق لها ، فإذا لم ترض به . . فكأنه لم يفرض ، وإذا لم تطلب ففرض لها أقل من مهر مثلها . . ففي « النهاية » : لا يثبت ، وإن فرض لها مهر مثلها . . احتمل أن يثبت ، ويظهر أن يقال : لا يثبت ما لم تطلب ؛ لأن طلبها منزل منزلة القبول في العقود .

قال : (**لا علمها بقدر مهر المثل في الأظهر**) فيصح مع الجهل اكتفاء بالتراضي ، وهـٰذا منصوص « الأم » .

والثاني : يشترط كالعوض في البيع ، فلا بد من العلم بالبدل ، ورجح القاضي الروياني اعتبار علم الزوجين ، والجمهور علىٰ خلافه .

هـٰذا فيما قبل الدخول ، أما بعده . . فلا يصح إلا مع علمها بقدره قولاً واحداً ؛ لأنه هـٰهنا قيمة مستهلك ، قاله الماوردي .

قال : (**ويجوز فرض مؤجل في الأصح**) كما يجوز تأجيل المسمى ابتداء .

والثاني : لا ؛ لأن الأصل مهر المثل ، ولا مدخل للتأجيل فيه فكذلك في بدله .

قال : (**وفوق مهر مثل**) سواء كان من جنسه أم لا ؛ لأن الأمر إلىٰ تراضيهما ، أما النقص . . فلا خلاف في صحته ، قاله الإمام .

قال : (**وقيل : لا إن كان من جنسه**) ؛ لأن مهر المثل هو الأصل فلا يزاد البدل عليه ، وهـٰذا ضعيف .

وَلَوِ ٱمْتَنَعَ مِنَ ٱلْفَرْضِ أَوْ تَنَازَعَا فِيهِ. . فَرَضَ ٱلْقَاضِي نَقْدَ ٱلْبَلَدِ حَالاً . قُلْتُ : وَيَفْرِضُ مَهْرَ مِثْلٍ وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ولو امتنع من الفرض أو تنازعا فيه. . فرض القاضي**) ؛ قطعاً للنزاع ، وهٰذا من القاضي نيابة قهرية أثبتها له الشارع استيفاء للحق من الممتنع .

قال : (**نقد البلد**) كما في قيم المتلفات .

قال : (**حالاً**) ؛ لأن القاضي ليس له أن يفرض مؤجلاً وإن فرعنا علىٰ جواز تأجيل الفرض بتراضيهما ؛ لأن منصب القاضي إلزام الغير فلا يليق به التأجيل ، وليس هٰذا كبيع القاضي مال الطفل بمؤجل إذا رأى المصلحة فيه ؛ لأن هٰذا إلزام من القاضي كإلزام الممتنع ، كذا ذكره الإمام عن المحققين وهو محمول على الغالب ، فلو جرت العادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها. . فعن الصيمري : أنه يفرضها ، وقياسه : أنه لو جرت عادة نسائها بالتأجيل. . جاز أن يؤجله ، وهو مقتضىٰ كلام صاحب « البحر » .

فرع :

إذا زوج القاضي امرأة لا ولي لها سواه. . هل له أن يزوجها بمؤجل؟ هٰذا الفرع يتوقف فيه القضاة، وعمل الناس على الجواز كما يبيع مالها بالنسيئة للمصلحة ، وليس المقصود بالتزويج المهر، بل المؤن، وقد صرح في «البيان» بجواز تزويجها بالعرض.

قال : (**قلت : ويفرض مهر مثل**) ؛ لأنه لا موجب للزيادة عليه ولا ينقص عنه كما في قيم المتلفات .

قال الرافعي : لٰكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد لا اعتبار به .

وإذا فرض القاضي. . لم يتوقف لزومه علىٰ رضاها ؛ فإنه حكم منه ، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه إلىٰ رضا المتخاصمين .

قال : (**ويشترط علمه به والله أعلم**) ؛ ليتحقق ما يفرضه ، فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه .

وَلاَ يَصِحُّ فَرْضُ أَجْنَبِيٍّ مِنْ مَالِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْفَرْضُ ٱلصَّحِيحُ كَمُسَمًّى ؛ فَيَتَشَطَّرُ بِطَلاَقٍ قَبْلَ وَطْءٍ ، وَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ فَرْضٍ وَوَطْءٍ . . فَلاَ شَطْرَ ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَهُمَا . . لَمْ يَجِبْ مَهْرُ ٱلْمِثْلِ فِي ٱلأَظْهَرِ . قُلْتُ : ٱلأَظْهَرُ : وُجُوبُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ولا يصح فرض أجنبي من ماله في الأصح**) ؛ لأنه تعيين لما يقتضيه العقد وتصرف فيه فلا يليق بغير المتعاقدين ، إلا إذا فرضت وكالة أو ولاية .

والثاني : يصح ؛ لأن للأجنبي أن يؤدي الصداق عن الزوج بغير إذنه فكذا يجوز أن يفرض ، وعلىٰ هـٰذا : لها مطالبة الأجنبي بالمفروض ، ويسقط طلبها عن الزوج ، ولو طلقها قبل المسيس . . عاد نصف المفروض إلى الزوج على الأصح .

قال : (**والفرض الصحيح كمسمىً ؛ فيتشطر بطلاق قبل وطء**) سواء كان الفرض من الحاكم أو الزوجين ؛ لعموم قوله تعالىٰ ﴿ **وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ .

واحترز بـ(الصحيح) عن الفاسد كفرض الخمر ؛ فإنه يلغىٰ ولا يؤثر في تشطير مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ؛ فإنها تشطره .

وعند أبي حنيفة : يسقط المفروض بالطلاق وتجب المتعة .

قال : (**وإن طلق قبل فرض ووطء . . فلا شطر**) ؛ لمفهوم الآية ، وهـٰذا تفريع على الأصح أنه لا يجب بالعقد ، فإن قلنا : يجب به . . فقيل : يتشطر به ، والأصح : يسقط إلى المتعة .

قال : (**وإن مات أحدهما قبلهما**) أي : قبل الوطء والفرض (. . **لم يجب مهر المثل في الأظهر**) ؛ قياساً على الفرقة بالطلاق ، وبهـٰذا قال مالك .

قال : (**قلت : الأظهر : وجوبه والله أعلم**) وبه قال أحمد ؛ لأن الموت بمثابة الوطء في تقرير المسمىٰ ، فكذلك في إيجاب المهر في صورة التفويض ، وهـٰذا هو الحق ، وقيل : إن الشافعي رجع إليه .

وأصل الخلاف : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ في بروع بنت واشق ـ وقد

. . . .

نكحت بلا مهر فمات زوجها ـ بمهر نسائها وبالميراث ، لـٰكن في راويه اضطراب ، قيل : معقل بن يسار ، وقيل : ابن سنان ، وقيل : رجل من أشجع ، فلذلك تردد الشافعي ، لـٰكنه قال : إن ثبت الحديث . . قلت به .

والحديث في « سنن أبي داوود » [٢١٠٧] بإسناد مجمع علىٰ صحته : أن معقل بن يسار قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضىٰ في بروع بنت واشق بذلك ، وزوجها هلال بن مروان ، وحسنه الترمذي [١١٤٥] ، ورواه ابن ماجه [١٨٩١] ، وصححه ابن حبان [٤١٠٠] والحاكم [٢/ ١٨٠] وابن حزم والبيهقي [٧/ ٢٤٤] وغيرهم .

قال الحاكم[1] : لو حضرت الشافعي . . قمت علىٰ رؤوس أصحابه وقلت : قد صح الحديث فقل به .

لـٰكن روايته عن معقل بن يسار تصحيف ، والصواب : معقل بن سنان الأشجعي ، والقصة كانت فيهم .

قال الشيخ : وأنا أدين الله تعالىٰ بأن لها الصداق ، ولا أعتقد قولاً سواه .

ووقع في « الكفاية » تبعاً « للوسيط » : أن علياً لم يقبل هـٰذا الحديث وقال : كيف نقبل في ديننا قول أعرابي بوال علىٰ عقبيه ، ومعاذ الله أن يقول علي ذلك ، ومعقل شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح مكة ، وكان يحمل لواء قومه ذلك اليوم ، وبعثه النبي صلى الله عليه وسلم ونعيم بن مسعود إلىٰ أشجع يأمرهم بحضور المدينة لغزو مكة .

قال الجوهري : بروع بنت واشق بفتح الباء ، وأصحاب الحديث يقولونها بكسرها ، والصواب الفتح ؛ لأنه ليس في كلام العرب فعول إلا خروع وعتود اسم واد . اهـ

وقد جاء فعول أيضاً في عِتور بالراء اسم لواد خشن ، وذرود اسم لجبل معروف ، ذكرهما في « العباب » .

---

(١) في هامش (ز) : (قاله في « المستدرك » [٢/ ١٨٠] عن شيخه أبي عبد الله محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال : لو حضرت . . . إلخ) .

فَصْلٌ :

مَهْرُ ٱلْمِثْلِ : مَا يُرْغَبُ بِهِ فِي مِثْلِهَا ، وَرُكْنُهُ ٱلأَعْظَمُ نَسَبٌ ؛ . . . .

تتمة :

قال المتولي : لو نكح كافر كافرة علىٰ أن لا مهر لها وترافعا إلينا . . حكمنا فيه حكمنا بين المسلمين .

وقال أبو حنيفة : إن اعتقدا أن النكاح لا يخلو عن المهر . . فكذلك ، وإن جوزا خلوه عن المهر . . فلا مهر لها ، لا بالعقد ولا بالدخول .

وإذا أبرأت المفوضة قبل الفرض والدخول من المهر ، فإن قلنا بوجوبه بالعقد . . صح الإبراء إن كان مهر المثل معلوماً لها ، وإن كان مجهولاً . . فلا في الأصح .

ولو قالت أسقطت حقي من طلب الفرض . . لم يسقط .

ولو أبرأته من المتعة قبل الطلاق . . فهو إبراء عن الشيء قبل وجوبه ، وإن أبرأته بعده . . فهو إبراء عن مجهول .

ولو تزوج امرأة علىٰ خمر أو خنزير فأبرأته من المسمىٰ . . فهو لغو ؛ لأن الواجب غيره ، وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به . . صح ، ولو تيقنت أن مهرها لا ينقص عن ألف ولا يزيد علىٰ ألفين ، وترددت فيما بينهما ورغبت في البراءة . . فينبغي أن تبرئه من ألفين .

قال : (**فصل :**

مهر المثل : ما يرغب به في مثلها) لما كانت الحاجة تمس إلىٰ معرفته في المفوضة تفويضاً صحيحاً وتفويضاً فاسداً ، وفي تسمية الصداق الفاسد ، وفيما إذا نكح نسوة علىٰ صداق واحد . . ذكره عقب ذلك وإن كان يحتاج إلىٰ معرفته في غير ذلك .

قال : (**وركنه الأعظم نسب**) ؛ لأن المهر تقع به المفاخرة فكان كالكفاءة في النكاح ، فأما في العرب . . فيعتبر قطعاً ، وأما في العجم . . فقال القفال والعبادي : لا يعتبر فيهم ؛ لعدم اعتنائهم بحفظ الأنساب ، وظاهر كلام الأكثرين أنه يعتبر هنا وإن لم يعتبر هناك .

فَيُرَاعَىٰ أَقْرَبُ مَنْ تُنْسَبُ إِلَىٰ مَنْ تُنْسَبُ إِلَيْهِ ، وَأَقْرَبُهُنَّ : أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لِأَبٍ ، ثُمَّ بَنَاتُ أَخٍ ، ثُمَّ عَمَّاتٌ كَذَٰلِكَ . فَإِنْ فُقِدَ نِسَاءُ ٱلْعَصَبَةِ أَوْ لَمْ يَنْكِحْنَ أَوْ جُهِلَ مَهْرُهُنَّ . . فَأَرْحَامٌ كَجَدَّاتٍ وَخَالاَتٍ . . . .

قال : (**فيراعىٰ أقرب من تنسب إلىٰ من تنسب إليه**) فينظر إلىٰ نساء عصباتها ، وهن اللواتي ينتسبن إلىٰ من تنسب هٰذه كالأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام ، ولا ينظر إلىٰ ذوات الأرحام كالبنات والأمهات ، بخلاف ما تقدم في (الحيض) أن المبتدأة ترد إلىٰ عادة نساء عشيرتها من الأبوين على الأصح ؛ لأن ذلك أمر يرجع إلى الخلقة والجبلة ، والأب والأم يشتركان فيه .

قال : (**وأقربهن : أخت لأبوين ثم لأب**) يعني : أنه يراعىٰ في نساء العصبة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ؛ لأن المدلي بجهتين مقدم علىٰ ذي الجهة ، ولم يحك الشيخان فيه خلافاً ، لٰكن حكى الماوردي فيه وجهين وهو ظاهر ؛ لأن الأنوثة لا مدخل لها هنا في الابتداء .

قال : (**ثم بنات أخ ، ثم عمات كذلك**) أي : لأبوين ثم لأب ، وهو أحسن من قول « المحرر » : ثم بنات الإخوة كذلك ثم العمات ؛ لخروج عمات الأم من عبارة « المصنف »[1] صريحاً ، ولم يذكرا بنات العم كذلك ؛ أي : لأبوين ثم لأب ، ولا بد منه ، وهٰكذا بنات أولاد العم .

قال : (**فإن فقد نساء العصبة أو لم ينكحن أو جهل مهرهن . . فأرحام كجدات وخالات**) ؛ لأنهن أولىٰ بالاعتبار من الأجانب ، وتقدم القربىٰ فالقربىٰ من الجهات ، ولذلك تقدم القربىٰ ، فالقربىٰ من الجهة الواحدة كالجدات .

وقال في « الحاوي » و « البحر » : تقدم الأم ثم الأخت لأم ثم الجدات ثم الخالة ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوال[2] ، فلو لم يكن في القرائب إلا واحدة أو

---

(١) في النسخ : « (عبارة « المحرر ») والتصويب من هامش (ز) .
(٢) في هامش (ز) : (هو تفصيل لما قاله « المنهاج ») .
وفي هامشها أيضاً : (قال الماوردي أيضاً : فإن اجتمعت أم أب وأم أم . . فقيل : تعتبر أم الأب ، وقيل : تعتبر أم الأم ، وقيل : هما سواء) .

وَيُعْتَبَرُ سِنٌّ وَعَقْلٌ وَيَسَارٌ وَبَكَارَةٌ وَثُيُوبَةٌ وَمَا ٱخْتَلَفَ بِهِ غَرَضٌ ، . . . .

ثنتان . . توقف ابن الرفعة في اعتبارها ، فإن كن ثلاثاً . . اعتبرن .

ولا يتعذر اعتبار نساء العصبة بموتهن ، بل يعتبرن وإن كن ميتات ، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصل ، أو لأنهن لم ينكحن ، أو جهل مهرهن كما قاله المصنف .

فإن تعذر الاعتبار بذوي الأرحام أيضاً . . اعتبر مثلها من النساء الأجانب ، وكذا إن لم يكن نسب المرأة معلوماً .

ويعتبر مهر العربية بعربية مثلها ، أو الأمة بأمة مثلها ، وينظر إلىٰ شرف السيد وخسته ، ومهر العتيقة بعتيقة مثلها ، وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالي .

قال : (**ويعتبر سن وعقل ويسار وبكارة وثيوبة وما اختلف به غرض**) من الصفات المرغوب فيها ، وإنما اعتبر اليسار هنا على الصحيح ؛ لأن الرغبة في الموسرة أكثر لتوقع الرفق بها وانتفاع الأولاد بمالها ، وقيل : لا يعتبر اليسار كالكفاءة ، وهو بعيد .

وكذا تعتبر الكفاءة والعفة والجمال ؛ لأن الرغبات في الجميلة أكثر ، وليس كما في الكفاءة ؛ فإن المرعي هناك التحرز عما يوجب عاراً .

وكذا يعتبر ما يرغب فيه من الأوصاف كالعلم والفصاحة والصراحة ، فالصريح : الذي يكون أبواه عربيين ، والذي أبوه عربي دون أمه هجين ، وعكسه مقرف ، والمذرع : الذي أمه أشرف من أبيه ، وهو بفتح الذال المعجمة والراء .

قال الشاعر [من الطويل] :

إذا باهلي تحته حنظلية ... له ولد منها فذاك المذرع

فباهلة أرذل القبائل ، وحنظلة أكرم قبيلة من تميم ، ولذلك يقال لها : حنظلة الأكرمون .

وينظر مع ما ذكرنا إلى البلد ، فيعتبر مهر نساء عصباتها في تلك البلدة ، فإذا كان نساء عصباتها ببلدتين هي في إحداهما . . اعتبر بعصبات بلدها ، فإن كن كلهن في بلدة أخرىٰ . . فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها ، كذا في « الشرحين » و« الروضة » تبعاً « للمهذب » وغيره .

فَإِنِ ٱخْتَصَّتْ بِفَضْلٍ أَوْ نَقْصٍ. . زِيدَ أَوْ نُقِصَ لَائِقٌ بِٱلْحَالِ . وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ . . لَمْ تَجِبْ مُوَافَقَتُهَا . وَلَوْ خَفَضْنَ لِلْعَشِيرَةِ فَقَطْ . . ٱعْتُبِرَ . . . .

وقال الماوردي وابن الصباغ : إنما تعتبر العصبة إذا كن ببلدها ، وإلا . . لم يعتبرن ؛ لأنه قيمة متلف فيعتبر محل الإتلاف[١] .

قال : (**فإن اختصت بفضل أو نَقْص . . زيد أو نَقص لائق بالحال**) والرأي في ذلك إلى الحاكم ؛ لأنه يحتاج إلىٰ فطنة ومعرفة ممن يعرف ذلك ويرجع إليه فيه .

قال : (**ولو سامحت واحدة . . لم تجب موافقتها**) ؛ لأن ذلك لغرض خاص فلا يقضىٰ به على العموم ، كما لو سمح شخص ببيع نوع من ماله بدون قيمته . . لم يجعل ذلك قيمة يرجع إليها ، اللهم إلا أن يكون ذلك لنقص دخل في النسب أوجب قلة الرغبات .

قال : (**ولو خفضن للعشيرة فقط . . اعتبر**) يعني : إذا جرت عادتهن بمسامحة العشيرة دون غيرهم . . خففنا مهر هٰذه في حق العشيرة دون غيرهم ، وكذا إذا كن يخففن إذا كان الزوج شريفاً . . خفف في حق الشريف دون غيره[٢] .

وعن الشيخ أبي محمد : أنه لا يلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف ، كما أن قيم الأموال لا يختلف بين أن يكون المتلف صديقاً أو قريباً أو غيرهما .

وقيل : مهر المثل للواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف[٣] .

والمراد بـ(العشيرة) الأقارب كما قالوه في الوصية ، وكما يعتبر فيها ما سبق . . يعتبر بحال الزوج أيضاً في اليسار والعلم والعفة والنسب ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف الخاطب ؛ فإن الشريف والعالم يُسامح في مهره ، ويرغب فيه ما لا يرغب في غيره ، وقد صرح بذلك صاحب « الكافي » و« الإستقصاء » وابن يونس والفارقي

---

(١) في هامش (ز) : (واستشكله مجلي بأن البلد مؤخرة عن القرابة) .

(٢) في هامش (ز) : (بل ذكر الماوردي أنهن لو سامحن غير العشيرة دون العشيرة . . اعتبر ، قال : ويكون ذلك في القبيلة الدنيئة ، قال : وكذا لو سامحن الشباب دون الشيوخ) .

(٣) في هامش (ز) : (كوطء الشبهة ونحوه ، واستحسنه في « البحر » ، وجعله في « الحلية » القياس القوي والاختيار) .

وَفِي وَطْءِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ يَوْمَ ٱلْوَطْءِ ، فَإِنْ تَكَرَّرَ . . فَمَهْرٌ . . . .

وغيرهم ، فعلىٰ هـٰذا : إذا وجد في النساء مثل صفتها وصفة زوجها . . اعتبر ، وإلا . . فلا يعتبر بها .

فروع :

مهر المثل إنما يجب حالاً من نقد البلد وإن رضيت بالتأجيل ، فإن كن ينكحن بالعرض . . قوم ووجبت قيمته من نقد البلد ، وفي « البيان » عن الصيمري : إن اعتدن به . . قضي لها به ، وإن كن ينكحن بمؤجل كله أو بعضه . . لم يؤجله الحاكم ، بل ينقص ما يليق بالأجل ، قال الماوردي : إلا إذا وجب لها مهر المثل فلم تطلبه حتىٰ مضىٰ قدر أجلهن . . فيجب قدر مؤجلهن حالاً .

وتقادم العهد لا يوجب سقوط مهر المثل ، كما لا تسقط قيم الأموال وإن احتيج فيها إلىٰ معرفة الصفات وعسر الوقوف عليها إذا تقادم العهد ، وعن أبي حنيفة أنه يسقط .

قال : (**وفي وطء نكاح فاسد مهر مثل يوم الوطء**) كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ؛ فإنه لا حرمة للعقد الفاسد ، ولا يجب به شيء ، وإنما يجب ما يجب بالإتلاف ، فينظر إلىٰ يوم الإتلاف ، وأراد المصنف بهـٰذا التنبيه علىٰ أنه ليس كالمفوضة ؛ لأن المفوضة عقدها صحيح ، والعقد هنا فاسد .

قال (**فإن تكرر . . فمهر**) ؛ لأنه وطء في نكاح فاسد ، فهو شبهة واحدة كما أن الوطآت في النكاح الصحيح لا توجب إلا مهراً واحداً ، ويدل له عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن مسها . . فلها المهر بما استحل من فرجها » ولم يفرق بين مرة ومرات .

وعن المزني : القياس أن لكل وطء مهراً .

والمراد بـ(التكرر) كما تقدم في (الحج) : أن يحصل بكل مرة قضاء الوطر مع تعدد الأزمنة ، فلو كان ينزع ويعود والأفعال متواصلة ولم يقض الوطر إلا آخراً . . فهو وقاع واحد بلا خلاف .

فِي أَعْلَى ٱلْأَحْوَالِ . قُلْتُ : وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ . . فَمَهْرٌ ، فَإِنْ تَعَدَّدَ جِنْسُهَا . . تَعَدَّدَ ٱلْمَهْرُ ، وَلَوْ كَرَّرَ وَطْءَ مَغْصُوبَةٍ أَوْ مُكْرَهَةٍ عَلَىٰ زِناً . . تَكَرَّرَ ٱلْمَهْرُ ، . . . .

قال : (**في أعلى الأحوال**) يعني : إذا لم يجب إلا مهر واحد واختلفت أحوال الوطآت . . اعتبر أعلىٰ أحوالها ؛ لأنه لو لم يوجد إلا الوطأة الواقعة في تلك الحال . . لوجب ذلك المهر ، فالوطآت الباقية إذا لم تقتض زيادة لا توجب نقصاناً ، فينظر في ذلك إلى الجمال والسن والسمن ونحوها .

قال : (**قلت : ولو تكرر وطء بشبهة واحدة . . فمهر**) ؛ لاتحادها كالإيلاجات في الوطأة الواحدة ، وهـٰذا لا شك فيه إذا ظنها زوجته أو أمته واستمر يطأ علىٰ ذلك الظن ، ومحله : ما لم يؤد المهر ، فإن أداه قبل الوطء الثاني . . وجب مهر جديد ، قاله الماوردي وغيره .

لـٰكن يستثنىٰ ما لو وطىء حربية بشبهة . . فإنها لا تستحق مهراً وإن تكرر ؛ لأن مالها غير مضمون بالإتلاف فكذا منفعة بضعها ، وقد تقدم هـٰذا في خلو النكاح عن عقر وعقوبة .

قال : (**فإن تعدد جنسها . . تعدد المهر**) ؛ لتغايرها كما إذا وطىء بشبهة فزالت ثم وطىء بشبهة أخرىٰ .

قال : (**ولو كرر وطء مغصوبة أو مكرهة علىٰ زناً . . تكرر المهر**) فيجب بكل وطء مهر ؛ لأن الوجوب هنا بالإتلاف وقد تعدد ، ومن أصحابنا من قال : عليه مهر واحد كثر الوطء أو قل ؛ لأنه سبب واحد .

والمسألة مفروضة فيما إذا كان عالماً ووجب المهر لكونها مكرهة ، فإن كان جاهلاً . . لم يجب إلا مهر ؛ لأن الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبهت الوطء في نكاح فاسد مراراً .

فإن وطئها مرة عالماً ومرة جاهلاً . . وجب مهران ، ولو ادعت الإكراه ونازعها . . ففي المصدق منهما قولان سبقا في (الغصب) .

وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءُ ٱلْأَبِ وَٱلشَّرِيكِ وَٱلسَّيِّدِ مُكَاتَبَةً . . فَمَهْرٌ ، وَقِيلَ : مُهُورٌ ، وَقِيلَ : إِنِ ٱتَّحَدَ ٱلْمَجْلِسُ . . فَمَهْرٌ ، وَإِلاَّ . . فَمُهُورٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ولو تكرر وطء الأب والشريك والسيد مكاتبة . . فمهر**) ؛ لأن الشبهة واحدة وهي وجوب الإعفاف ، وهي شاملة لجميع الوطآت .

وقيد الرافعي التعدد في وطء الأب بما إذا لم يحصل بالأول إحبال ؛ لأنه إذا أحبلها وقلنا : تصير مستولدة . . فالوطء حصل في ملكه .

قال : (**وقيل : مهور**) ؛ لتعدد الإتلاف في ملك الغير مع العلم بحقيقة الحال .

قال : (**وقيل : إن اتحد المجلس . . فمهر ، وإلا . . فمهور والله أعلم**) ؛ لأن اختلاف المجلس كاختلاف السبب ، وفي كل سبب مهر كفدية المرض وفدية الأذىٰ ، وإذا اتحد السبب . . اتحد المسبب[1] ، كمن حلق جميع رأسه . . تجب عليه فدية واحدة وإن كان في كل جزء منها فدية ، وهـٰذا اختاره القاضي والبغوي ، ورجحه الشيخ .

تتمة :

وطء الشريك المشتركة ، السيد المكاتبة مراراً كوطآت جارية الابن ، كذا أطلقه الشيخان ، وهو في المكاتبة مقيد بشرط نص عليه في « الأم » ، وهو : أن لا تجبر ، فتختار الصداق[2] ، فإن خيرت فعاد السيد فأصابها . . فلها مهر آخر[3] ، وكذا كلما خيرت فاختارته . . تكرر صداقها ، كناكح المرأة نكاحاً فاسداً يلزمه مهر واحد ، فإذا فرق بينهما وقضىٰ بالصداق ثم وطئها في نكاح آخر فاسد . . فلها صداق آخر .

---

(١) في هامش (ز) : (أقول : وجوابه : أن تعدد الضمان ثَمَّ منوط بتعدد الإتلاف ، وهنا بتعدد الشبهة) .

(٢) في هامش (ز) : (عبارة « نكت العراقي » : محله إذا لم تحمل ، فتخير بين المهر والتعجيز ، وتصير أم ولد ، فتختار المهر ، فإن كان كذلك فوطئها مرة أخرىٰ . . خيرت ، فإن اختارت المهر . . وجب لها مهر آخر ، وهـٰكذا سائر الوطآت . . . إلخ) .

(٣) في هامش (ز) : (حكاه في « المهمات » وقال : في هـٰذه فائدة مهمة ، ويؤخذ منها ترجيح تعدد المهر في جارية الابن ، وحكى البلقيني هـٰذا النص) .

فَصْلٌ :

ٱلْفُرْقَةُ قَبْلَ وَطْءٍ مِنْهَا أَوْ بِسَبَبِهَا . . كَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا تُسْقِطُ ٱلْمَهْرَ ، وَمَا لاَ كَطَلاَقٍ وَإِسْلاَمِهِ وَرِدَّتِهِ وَلِعَانِهِ وَإِرْضَاعِ أُمِّهِ أَوْ أُمِّهَا . . يُشَطِّرُهُ . . . .

قال : (**فصل**)

عقده لتشطير المهر بالطلاق ، وقد تقدم في (باب الخيار) ، وإنما أعاده توطئة لما بعده .

قال : (**الفرقة قبل وطء منها أو بسببها . . كفسخه بعيبها تسقط المهر**) ؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة . . فهي المختارة للفرقة ، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة كما إذا أسلمت بالمباشرة أو التبعية ، أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعتق أو عيب ، أو أرضعت زوجة أخرىٰ له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيبها .

قال : (**وما لا كطلاق وإسلامه وردته ولعانه وإرضاع أمه أو أمها . . يشطره**)
الأصل في تشطير الطلاق قبل الدخول قوله تعالىٰ : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ واتفق العلماء علىٰ ذلك ، لـٰكن عند مالك لا تملك الزوجة بالعقد إلا النصف ، وعندنا تملك الجميع ، فالطلاق عنده قاطع للسبب وعندنا قاطع للملك .

ولما كان الطلاق فرقة من جهة الزوج . . قيس عليها ما في معناها ، فمن ذلك : إسلام الرجل ، وردته ، ولعانه ، وإرضاع أمه أو أمها .

واندرج في قوله : (طلاق) الخلع ، وتطليقها نفسها بتفويضه ، وإذا علقه علىٰ دخولها فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها .

وينبغي أن يجب علىٰ مباشر الإسلام مهر المثل ؛ لأنه أفسد نكاح غيره بإسلامه وإن كان واجباً عليه كما في نظيره من الرضاع الواجب .

وأغرب الماوردي فقال : إذا قال لها قبل الدخول : أنت طالق إن شئت فشاءت . . فلا مهر لها ؛ لوقوع الطلاق بمشيئتها ، وقياسه : الطرد في كل فعل من جهتها علق به طلاق .

ثُمَّ قِيلَ : مَعْنَى ٱلتَّشْطِيرِ : أَنَّ لَهُ خِيَارَ ٱلرُّجُوعِ ، . . . .

ثم لا فرق بين أن يكون الطلاق من الزوج وحده ـ كما ذكرنا ـ أو منه معها ، أو مع غيرها كالخلع فهو وإن تم بها . . فالمغلب فيه جانب الزوج ؛ لأن المقصود الأصلي فيه الفراق وهو مستقل به .

وفسخ النكاح بسبب إعسار الزوج بالصداق . . صرح الرافعي في (باب المتعة) وجماعة فيه بأنه فرقة من جهتها حتىٰ يسقط الجميع قبل الدخول ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح .

وإذا طلق المفوضة قبل الدخول والفرض . . فلا تشطير كما سبق ، وإن طلقها بعد الفرض . . يشطر .

وأما غير المفوضة . . فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه المسمى الصحيح في العقد والمفروض بعده ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد ابتداء ؛ لشمول قوله تعالىٰ : ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ .

وعند أبي حنيفة : لا يتشطر المفروض بعد العقد ، ولا مهر المثل الواجب بالتسمية الفاسدة .

وإذا خالع زوجته المدخول بها ثم نكحها في العدة وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني . . يتشطر المهر عندنا .

وقال أبو حنيفة : يجب جميعه .

وأفاد المصنف بتعبيره بـ(الإرضاع) دون الرضاع : أن المعتبر الفعل ، فلو دبت زوجته الصغيرة وارتضعت من أمه . . لم تستحق الشطر ؛ لانفساخ النكاح بفعلها ، فلو أرضعت ابنته الزوجة وهي صغيرة ، أو أرضعته بنت الزوجة وهو صغير . . كان الحكم كذلك ، فلو قال : فلو أرضعت أم أحدهما أو ابنته الآخر . . كان أحسن .

قال : (**ثم قيل : معنى التشطير : أن له خيار الرجوع**) يعني : في النصف ، إن شاء . . تملكه ، وإن شاء . . تركه كالشفيع يثبت له حق الشفعة بالشراء ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة ؛ لأن الشخص لا يدخل في ملكه شيء بغير اختياره سوى الإرث ؛ فلا بد بعد الطلاق من اختيار التملك .

ورد الأصحاب ذلك بأن الإنسان لو أخذ صيداً لينظر إليه ـ لا ليتملكه ـ ملكه بالحوز من غير اختيار التملك ، قاله صاحب « البيان » .

قال : (**والصحيح : عوده بنفس الطلاق**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ **فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ أي : فلكم نصف ما فرضتم ، ولأن ما يؤثر في كل الصداق كالردة والفسخ بالعتق والعيب يؤثر بنفسه ولا يتعلق بالاختيار ، فكذلك ما يؤثر في النصف .

والثالث : لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي .

وحكى العبادي : أن أبا الفضل القاشاني الزاهد حكاه قولاً قديماً ، ومنهم من حكاه وجهاً ، وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً .

وموضع الخلاف إذا لم يعرض مانع ، فإن عرض . . توقف الملك علىٰ ما يتوافقا عليه كما سيأتي في كلام المصنف ، لـٰكن تستثنىٰ صور لا يرجع فيها الزوج :

إذا أدى الصداق عن ابنه البالغ[1] . . فإنه لا يرجع النصف إلى الأب كما لو أداه عنه أجنبي .

وإذا أدىٰ عنه الولي الذي يتولى الطرفين الصداق . . فالراجع بالفرقة المؤدي[2] على الأصح .

وإذا أسلم العبد الصداق من كسبه ثم طلق قبل الدخول . . فإن النصف يعود للسيد ، وإن عتق ثم طلق قبله . . فالعبرة بمالكه عند الفراق لا عند ملك الزوجة الصداق على الأصح .

---

(١) في هامش(ز) : (ما وقع في هـٰذا المستثنى غير مرضي ؛ فقد قال العراقي في « نكته » : قول الحاوي : وإن أدىٰ غيره ؛ أي : يرجع النصف إلى الزوج وإن أدى الصداق غيره ، محله ما إذا كان المؤدي أباً أو جداً والمؤدىٰ عنه طفلاً أو مجنوناً ، أما إذا كان المؤدي أجنبياً أو كان أباً أو جداً والمؤدىٰ عنه مكلفاً . . فإنه يرجع نصف المهر إلى المؤدي لا إلى الزوج في الأصح ، وفي نظيره من البيع ـ وهو ما إذا تبرع أجنبي بوفاء الثمن ثم رد المشتري المبيع بعيب ـ وجهان ، وقطع الجرجاني في « المعاياة » بأنه للمشتري ؛ لتقدير دخوله في ملكه) .

(٢) في هامش (ز) : (لعله المؤدىٰ عنه فتوافق المنقول) .

فَإِنْ زَادَ بَعْدَهُ . فَلَهُ . وَإِنْ طَلَّقَ وَٱلْمَهْرُ تَالِفٌ . فَنِصْفُ بَدَلِهِ مِنْ مِثْلٍ أَوْ قِيمَةٍ .

قال : (**فإن زاد بعده . . فله**) هـٰذا تفريع على الصحيح ، ولذلك أشار إليه بـ(الفاء) .

وأما على الوجه الأول . . فالجميع للزوجة كما لو حدثت قبل الطلاق .

هـٰذا في الزيادة المنفصلة ، فإن كانت متصلة وقلنا : يملك النصف بالطلاق . . فالنصف مع الزيادة له ، وإن قلنا : لا يملك إلا بالاختيار . . فوجهان : أشبههما : أن له أن يرجع فيه من غير رضاها ؛ لأن هـٰذه زيادة حدثت بعد تعلق حق الزوج به ، فصار ككبر الأشجار في الشقص المشفوع بعد البيع وقبل علم الشفيع ؛ فإن هـٰذه الزيادة لا تمنع الأخذ وإن حدث فيه نقصان .

فإن قلنا : يملك بالاختيار ، فإن شاء . . أخذه ناقصاً ولا أرش له ، وإن شاء . . تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً ، وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فإن وجد منها تعد بأن طالبها برد النصف فامتنعت . . فله النصف مع أرش النقص .

وإن تلف الكل والحالة هـٰذه . . فعليها الضمان ، وإن لم يوجد عدوان . . فظاهر النص ـ وبه قال العراقيون والروياني ـ : أنها تغرم أرش النقصان إذا نقص ، وجميع البدل إذا تلف ؛ لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة ، وفي « الأم » نص يشعر بأنه لا ضمان ، وبه قال المراوزة ؛ لأنه في يدها بلا تعد فأشبه الوديعة .

فرع :

إذا كان الصداق ديناً . . سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدىٰ باق . . فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر ؛ لأن العقد لم يتعلق بعينه أو يتعين حقه فيه لتعينه بالدفع؟ وجهان : أصحهما الثاني .

قال : (**وإن طلق والمهر تالف . . فنصف بدله من مثل أو قيمة**) الذي سبق كان في التغيير بعد الطلاق ، وهـٰذا في التغيير قبله ، فإذا طلق والمهر تالف . . وجب للزوج

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهَا ، فَإِنْ قَنِعَ بِهِ ، وَإِلاَّ . . فَنِصْفُ قِيمَتِهِ سَلِيماً . وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهَا . . فَلَهُ نِصْفُهُ نَاقِصاً بِلاَ خِيَارٍ . فَإِنْ عَابَ بِجِنَايَةٍ وَأَخَذَتْ أَرْشَهَا . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ نِصْفَ ٱلأَرْشِ . وَلَهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . . . .

نصف مثله إن كان مثلياً ، ونصف قيمته إن كان متقوماً ؛ لأنه لو كان باقياً . . لأخذ نصفه ، فإذا فات . . رجع بنصف بدله كما في الرد بالعيب في المبيع وغيره ، فإن اختلفت قيمته من حين العقد إلىٰ حين قبضه . . فالمعتبر الأقل ، وسيأتي في كلام المصنف .

قال : (**وإن تعيب في يدها ، فإن قنع به ، وإلا . . فنصف قيمته سليماً**) كالمبيع يتعيب عند البائع . . فيتخير المشتري بين أن يقنع به بلا أرش أو يفسخ ويأخذ الثمن ، والاقتصار علىٰ نصف القيمة محمول على المتقوم ، فإن كان مثلياً . . وجب مثل نصفه .

قال : (**وإن تعيب قبل قبضها . . فله نصفه ناقصاً بلا خيار**) ؛ لأنه نقص من ضمانه علىٰ قول ضمان اليد ، ولم يدخل في ضمانها ، سواء قلنا بضمان اليد أو بضمان العقد ، ولا فرق بين أن يكون الصداق بعد في يده ، أو قبضته معيباً بالعيب الحادث بعد العقد ثم طلقها .

قال : (**فإن عاب**) أي : صار ذا عيب (**بجناية وأخذت أرشها . . فالأصح : أنَّ له نصف الأرش**) أي : مع نصف العين ؛ لأن الأرش بدل الفائت ، ولو بقي الصداق بحاله . . لأخذ نصفه .

والثاني : لا شيء له من الأرش ؛ لأن الفوات كان من ضمان الزوج ، وهي أخذت الأرش بحق الملك ، فلا يعتبر في حقه ، ويجعل ما أخذته كزيادة منفصلة ، وهـٰذا قول القاضي حسين .

والتقييد بـ(أخذ الأرش) لا حاجة إليه ؛ لأنها لو عفت عنه . . أخذ منها نصفه علىٰ قياس ما قالوه في هبة الصداق .

قال : (**ولها زيادة منفصلة**) سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ؛ لأن الطلاق إنما يقطع الملك من حينه لا من أصله .

والزيادة المنفصلة كاللبن والثمرة والكسب والولد في غير الجواري ، أما الجواري . . فليس له الرجوع في نصف الأم بسبب التفريق بين الأم والولد ، ويرجع إلى القيمة .

فإن قيل : جوزتم الرد بالعيب على الصحيح وإن لزم منه التفريق ، فهلا كان هنا كذلك[1]؟! فالجواب : أنه لو امتنع في البيع . . لتضرر ببقاء المعيب في ملكه ، والأرش لا يجبره من كل وجه ، والقيمة هنا دافعة للضرر من كل وجه ، وإذا منعنا التفرقة بين الأم والولد في سائر الحيوان . . امتنع هنا أيضاً .

قال : (**وخيار في متصلة**) كالسمن وتعلم القرآن أو الصنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلىٰ عين الصداق ، ولـٰكن الخيار لها ، وهـٰذا مما فارق فيه الصداق غيره ؛ فإن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع في جميع الأبواب إلا هنا ؛ لأن عود الملك بالطلاق ابتداء ملك لا علىٰ سبيل الفسخ ، ولهـٰذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق . . عاد النصف إليه لا إلى السيد بخلاف غير هـٰذا الباب .

تنبيه :

هـٰذا الخيار ليس على الفور ، ولـٰكن إذا طلبه الزوج . . كلفت اختيار أحدهما على الفور ، والزوج لا يجزم بدعواه في القيمة ولا في العين ، بل يطالبها بحقه عندها ، فإن منعت . . قال الإمام : لم يكف حبسها ، بل تحبس العين عنها إن كانت حاضرة ، فإن أصرت ، فإن كان نصف القيمة أقل من نصف العين . . باع الحاكم ما يفي بالواجب ، فإن تعذر . . باع الكل وأعطاها الفاضل ، وإن ساوت نصف القيمة نصف

(١) في هامش (ز) : (وحكى الروياني وجهاً آخر : أنه يجوز التفريق إلا أن تكون مرضعة وفي قول يباعان وله نصف ثمن الأم ، ومحل قولنا : إنه لا يرجع في الولد . . إذا لم يكن حملاً عند القدر ، فإن كان . . رجع في نصفه أيضاً ، ومحله إذا رضيت الزوجة ؛ لأنه زاد بالولادة ، فإن أتت رجع إلىٰ نصف قيمته يوم الانفصال ، وإنما يرجع في نصف الأم في هـٰذه الصورة إذا رضيت الزوجة برجوعه في نصف الولد ، أو كان في سن التمييز ، وإلا . . فترجع إلىٰ نصف قيمتها ؛ لئلا يحصل التفريق) .

فَإِنْ شَحَّتْ . . فَنِصْفُ قِيمَةٍ بِلاَ زِيَادَةٍ ، وَإِنْ سَمَحَتْ . . لَزِمَهُ ٱلْقَبُولُ . وَإِنْ زَادَ وَنَقَصَ كَكِبَرِ عَبْدٍ وَطُولِ نَخْلَةٍ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ مَعَ بَرَصٍ ؛ . . . .

العين . . فللإمام احتمالان : أظهرهما ـ وهو ما ذكره الغزالي ـ : أنه يعطىٰ نصف العين ، ولـٰكن لا يملكها ما لم يقض القاضي به ، والزيادة بارتفاع الأسواق لا أثر لها في منع الرجوع .

قال : (**فإن شحت . . فنصف قيمة بلا زيادة**) ؛ لأن الزيادة غير مفروضة ، ولا يمكن الرد بدونها ، فجعل المفروض كالهالك ، وليس له إجبارها على العين .

ثم إنما يمتنع الاستقلال بالرجوع إذا كان بسبب عارض كالطلاق ، فإن كان الرجوع بسبب مقارن للعقد كالفسخ بعيبه أو عيبها . . فإنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلىٰ رضاها على الأصح كفسخ المبيع بالعيب .

قال : (**وإن سمحت**) أي : بالزيادة (**لزمه القبول**) ؛ لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز .

والثاني : لا ؛ لما فيه من المنة .

والجواب : أنه تابع لا تعظم المنة فيه .

مهمة :

إذا امتنع الرجوع إلىٰ نصف عين الصداق . . رجع إلىٰ نصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال يرجع بقيمة النصف ، ووقع في كلام الغزالي : بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبارة ، والصواب ما ذكرنا ؛ لأن التشقيص عيب ، هـٰذه عبارة « الروضة » ، وهي قريبة من عبارة « الرافعي » ، والذي أنكره على الغزالي جزم به إمامه في « النهاية » فقال : يرجع بقيمة النصف ، وعلله بأنه لم يفته إلا ذلك ، والذي قاله هو القياس الذي لا يتجه غيره ، إلا أن الشافعي في « الأم » عبر بنصف القيمة كما قاله الرافعي ، ذكر ذلك في مواضع كثيرة من هـٰذا الباب ، وتعليل الرافعي بأن التشقيص عيب تعليل صحيح ، ثم ذكر للمسألة نظائر .

قال : (**وإن زاد ونقص ككبر عبد وطول نخلة وتعلم صنعة مع برص**) كبر العبد زيادة ونقص بسبب واحد ؛ فالكبر ينقص قيمته من جهة أن الصغير أقبل للتأديب

فَإِنِ ٱتَّفَقَا . . فَنِصْفُ ٱلْعَيْنِ ، وَإِلاَّ . . فَنِصْفُ ٱلْقِيمَةِ . وَزِرَاعَةُ ٱلأَرْضِ نَقْصٌ ، وَحَرْثُهَا زِيَادَةٌ . وَحَمْلُ أَمَةٍ وَبَهِيمَةٍ زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ ، وَقِيلَ : ٱلْبَهِيمَةُ زِيَادَةٌ . وَإِطْلاَعُ نَخْلٍ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، . . . .

وأبعد عن الغوائل ، ويصلح للقرب من الحرم ، والكبير أقوىٰ على الشدائد والأسفار ، وأحفظ لما يستحفظه ، وطول النخلة أيضاً كذلك ينقص ثمرها ويزيد حطبها ، وتعلم الصنعة مع البرص زيادة ونقص بسببين ، ففي كلا القسمين يثبت لكل منهما الخيار ، فللزوج أن لا يقبل العين لنقصانها ويعدل إلىٰ نصف القيمة ، وللزوجة أن لا تبدل العين وتعدل إلىٰ نصف القيمة .

قال : (**فإن اتفقا . . فنصف العين**) ، وحينئذ لا شيء لأحدهما على الآخر .

قال : (**وإلا . . فنصف القيمة**) ؛ طلباً للعدل ، ونفياً للضرر والضرار .

قال : (**وزراعة الأرض نقص**) ؛ لأنها تستوفي قوتها .

قال : (**وحرثها زيادة**) مراده : إذا كانت معدة للزراعة ؛ لدلالة تقدم ذكر الزراعة عليه ، فإن كانت الأرض معدة للبناء أو العمارة . . فحرثها نقصان محض .

قال : (**وحمل أمة وبهيمة زيادة ونقص**) أما الزيادة . . فلتوقع الولد ، وأما النقص . . فللضعف في الحال والخطر عند الولادة .

قال : (**وقيل : البهيمة زيادة**) ؛ إذ لا يخاف عليها من الولادة .

والأصح : أنه كما في الجواري نقص من وجه وزيادة من وجه ؛ لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل عليها حائلاً ، ولأن لحم الحامل أردأ ، قال الرافعي : لأنه ضرب مرض ، وهـٰذا ينفعنا فيما سيأتي في (الأضاحي) : أنه عيب فيها .

قال : (**وإطلاع نخل زيادة متصلة**) فيمتنع الرجوع القهري ؛ لحدوثه علىٰ ملكها ، فإن رضيت المرأة بأن يأخذ نصف النخل مع نصف الطلع . . أجبر عليه ، وليس له طلب نصف القيمة ، ومنهم من نزل الطلع منزلة الثمرة المؤبرة .

وظهور النور في سائر الأشجار كبدو الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور كالتأبير في النخل .

وَإِنْ طَلَّقَ وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ . . لَمْ يَلْزَمْهَا قَطْفُهُ ، فَإِنْ قُطِفَ . . تَعَيَّنَ نِصْفُ ٱلنَّخْلِ . وَلَوْ رَضِيَ بِنِصْفِ ٱلنَّخْلِ وَتَبْقِيَةِ ٱلثَّمَرِ إِلَىٰ جَذَاذِهِ . . أُجْبِرَتْ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَصِيرُ ٱلنَّخْلُ فِي يَدِهَا ، وَلَوْ رَضِيَتْ بِهِ . . فَلَهُ ٱلِامْتِنَاعُ وَٱلْقِيمَةُ . . . .

قال : (**وإن طلق وعليه ثمر مؤبر . . لم يلزمها قطفه**) ؛ لأنه ملكها فتمكن من إبقائه إلى الجذاذ ، فلو طلقها وقد استجد . . لزمها جذاذه ليأخذ نصف الشجر .

قال : (**فإن قطف . . تعين نصف النخل**) ؛ لزوال المانع ، هـٰذا إذا بادرت به أو قالت : اقطفه ليرجع ، ولم يمتد زمن القطف ، ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

قال : (**ولو رضي بنصف النخل وتبقية الثمر إلىٰ جذاذه . . أجبرت في الأصح ، ويصير النخل في يدها**) كسائر الأشجار المشتركة .

والثاني : لا تجبر ، ورجحه المتولي ، وأشار إلىٰ ترجيحه الإمام والغزالي ؛ لأنها قد لا ترضىٰ بيده ودخوله البستان ، قال الإمام : ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها السقي : لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينتفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها ترك السقي ؛ لتضرر الشجر ، ولمن قال بالأول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

قال : (**ولو رضيت به**) أي : برجوعه في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجذاذ (**. . فله الامتناع والقيمة**) أي : طلب القيمة ؛ لأن حقه في شجرة خالية ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجذاذ ؛ لأن حقه ناجز في العين أو القيمة .

ولو قال : أؤخر الرجوع إلى الجذاذ . . فلها الامتناع ؛ لأن نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجهوه ، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق .

ولو قال : أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك ، وقد أبرأتك عن ضمانه . . فوجهان لهما التفات إلىٰ إبراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (أصحهما عند الرافعي : لا يبرأ ، والنووي : يبرأ ، ذكر ذلك الشارح في «باب الرهن») .

وَمَتَىٰ ثَبَتَ خِيَارٌ لَهُ أَوْ لَهَا . . لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَهُ حَتَّىٰ يَخْتَارَ ذُو ٱلِاخْتِيَارِ . وَمَتَىٰ رَجَعَ بِقِيمَةِ ٱلنِّصْفِ ٱعْتُبِرَ ٱلأَقَلُّ مِنْ يَوْمَيِ ٱلإِصْدَاقِ وَٱلْقَبْضِ . وَلَوْ أَصْدَقَ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ وَطَلَّقَ قَبْلَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَعَذُّرُ تَعْلِيمِهِ ، . . . .

فرع :

أصدقها حلياً فكسرته ، أو انكسر في يدها فأعادته حلياً ثم طلقها ، فإن كان علىٰ غير هيئته الأولىٰ . . فزيادة من وجه ونقص من وجه آخر ، فإن اتفقا على الرجوع في نصفه . . جاز ، وإن اختلفا . . تعين نصف القيمة ، وإن أعيد علىٰ هيئته الأولىٰ فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها أو برضاها؟ وجهان : أصحهما الثاني .

قال : (**ومتىٰ ثبت خيار له**) أي : لنقصان الصداق (**أو لها**) أي : لزيادته ، أو لهما لاجتماع الأمرين (. . **لم يملك نصفه حتىٰ يختار ذو الاختيار**) ؛ إذ لو لم يكن كذلك . . لبطلت فائدة التخيير ، وليس هـٰذا على الفور ، لـٰكن إذا طالب الزوج . . كلفت اختيار أحدهما على الفور كما تقدم ، ولا يعين الزوج في الطلب عيناً ولا قيمة ، بل يطالب بحقه .

قال : (**ومتىٰ رجع بقيمة النصف . . اعتبر الأقل من يومي الإصداق والقبض**) ؛ لأنه إن كان يوم الإصداق أقل . . فالزيادة علىٰ ملكها لا تعلق للزوج بها ، وإن كانت قيمة يوم القبض أقل . . فما نقص قبل ذلك فهو من ضمانه ، فكيف يرجع عليها؟! والذي اعتبره المصنف هنا وافق فيه « المحرر » وذكره في « الشرح الصغير » ، قال في « المهمات » : وليس هو المفتىٰ به .

والصواب : اعتبار يوم القبض كما جزم به الرافعي في (الزكاة المعجلة) ، ونص عليه الشافعي في مواضع متعددة ، لـٰكن يستثنىٰ ما لو تلف في يدها بعد الطلاق وقلنا : إنه مضمون عليها . . فتعتبر قيمة يوم التلف ؛ لأن الرجوع وقع في عين الصداق ، ثم تلف تحت يد ضامنة .

وجميع ما ذكره المصنف في المتقوم ، أما المثلي . . فالرجوع إلىٰ نصف مثله .

قال : (**ولو أصدق تعليم قرآن وطلق قبله . . فالأصح : تعذر تعليمه**) ؛ لأنها صارت محرمة عليه ، ولا تؤمن التهمة والوقوع في الخلوة المحرمة ، ويعسر إحضار

. . . .

محرم معها بأجرة وبغير أجرة ، وليس كسماع الحديث من المرأة ؛ لأنا لو لم نجوزه.. لضاع ، والتعليم له بدل يرجع إليه ، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وهو أحسن من قول « الحاوي » : وبانت ؛ فإن الطلاق الرجعي فيه كالبائن ، ولو عبر بـ(الفراق).. كان أعم ؛ ليشمل الفسخ والانفساخ .

والوجه الثاني : لا يتعذر التعليم ؛ لإمكان ذلك من وراء حجاب من غير خلوة ، والصحيح المنصوص في « المختصر » : الأول ، وقد تقدم في أول النكاح من زيادات المصنف إباحة النظر للتعليم .

قال الشيخ : ولعل الجمع بين الكلامين أن التعذر هنا من جهة الاختلاف في النصف المشروط ؛ لاختلاف القرآن صعوبة وسهولة ، وصوبه في « المهمات »[1] ، فلذلك تعين المصير إلى البدل ، أما إذا كانت آيات يسيرة يمكن تعلمها في مجلس واحد بحضور محرم من وراء حجاب.. فلا يتعذر كما صرح به الإمام ، لا سيما إذا مست الحاجة إليه ؛ لتوقف الصلاة عليه .

واحترز بقوله : (قبله) عما إذا طلقها بعد التعليم ، فإن كان بعد الدخول.. فذاك ، وإن كان قبله.. فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم .

كل هـٰذا إذا كان الفرض أن يعلمها بنفسه ، فإن كان في الذمة.. فلا يتعذر بطلاقها ، بل يستأجر امرأة أو محرماً يعلمها[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « المهمات » : والقول باستحقاق نصف معين بحكم لا دليل عليه ، ويؤدي إلى النزاع ؛ فإن السورة الواحدة مختلفة الآيات في الطول والقصر ، والصعوبة والسهولة فتعين البدل . اهـ

وهـٰذه العلة خاصة بما إذا طلق قبل الدخول ، وقد صرحوا بتعذر التعليم ولو طلق قبل الدخول ، وقد نص البويطي على هـٰذه العلة ، إلا أنه صورها بالطلاق قبل الدخول) .

(٢) في هامش (ز) : (ولو أبرأته عقب الطلاق مما في ذمته لها من التعليم.. برىء .

ويستثنىٰ أيضاً ما قاله البلقيني ، قال : لو كانت صغيرة لا تشتهىٰ أو صارت محرماً برضاع.. حصلت به الفرقة ، أو عقد عليها بعد ذلك.. ينبغي أن لا يتعذر التعليم .

أقول : لعله بني علىٰ أن العلة حرمة النظر ، وإلا.. فلا ينافي ما قاله ؛ بناء علىٰ أن العلة هي=

قال : (**ويجب مهر مثل بعد وطء ، ونصفه قبله**) ؛ جرياً على القاعدة ، وهٰذان الوجهان مفرعان على الأصح وهو : تعذر التعليم .

فروع :

صرح المتولي بأنه لا كراهة في إصداق تعليم القرآن ، ويشترط كونه قدراً فيه كلفة كما تقدم في (كتاب الإجارة) .

ولو أصدق ذمية تعليم قرآن . . صح إن توقع منها الإسلام ، وإلا . . فسد .

ولو نكح مسلمة أو ذمية علىٰ تعليم التوراة أو الإنجيل . . لم يجز ؛ لأن ما في أيديهم مبدل لا يجوز الاشتغال به ، والواجب مهر المثل .

وإذا كان الزوج لا يحسن قراءة ما شرط تعليمه ، فإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه . . لم يصح في الأصح ، وإن شرط أن يتعلم ثم يعلمها . . لم يصح ؛ لأن التعليم متعلق بعينه ، والأعيان لا تقبل التأجيل .

وإن أرادت أن تقيم غيرها مقامها في التعليم . . لم يجبر الزوج علىٰ ذلك في الأصح ؛ لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ، وإن أصدقها تعليم ولدها . . لم يصح الإصداق كما لو شرط الصداق لولدها ، كذا في « الشرح » و« الروضة » ، واختار الشيخ جوازه .

وإن أصدقها تعليم غلامها[1] . . قال البغوي : لا يصح كالولد ، وقال المتولي : يصح ، وهو الأصح[2] .

وحكم تعليم الفقه والعلم والشعر المباح حكم تعليم القرآن .

= الاختلاف في النصف المشروط صعوبة وسهولة . تأمل) .

(١) في هامش (ز) : (أي : عبدها . أقول : لأنه واجب عليها تعليمه مطلقاً) .

(٢) في هامش (ز) : (وصححه في « الروضة » و« أصلها » ، ونص عليه الشافعي في « الأم » في أول « الصداق » كما حكاه الإمام البلقيني ، وحيث صححنا إصداق تعليم غيرها . . لا يتعذر ذلك بالطلاق ، فكان ينبغي التصريح في التصوير بأن الصداق تعليمها) .

وسئل المزني : هل يجوز النكاح علىٰ تعليم الشعر؟ فقال : يجوز إن كان مثل قول أبي الدرداء [من الوافر] :

يريد المرء أن يؤتىٰ مناهُ ويأبى الله إلا ما أرادا
يقول المرء : فائدتي ومالي وتقوى الله أفضلُ ما استفادا

وإن كان الشعر محظوراً كالهجو والفحش . . لم يصح .

وإن نكح امرأة علىٰ أن يرد عبدها الآبق أو بعيرها الناد ، إن كان الموضع معلوماً . . جاز ، وإلا . . فلا على الصحيح ، ويجب مهر المثل .

ولو نكحها علىٰ خياطة ثوب معلوم . . جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح علىٰ أن يخيطه بنفسه فعجز بأن سقطت يده أو مات أو تلف الثوب . . فقولان :

أظهرهما : يرجع إلىٰ مهر المثل .

والثاني : أجرة الخياطة .

قال : (**ولو طلق وقد زال ملكها عنه . . فنصف بدله**) وهو المثل إن كان مثلياً ، أو القيمة إن كان متقوماً كما لو تلف ولا يملك الزوج نقض ذلك التصرف .

وأفهم أنه إذا لم يزل ملكها عنه أن الحكم بخلافه ، والأمر كذلك إذا لم تحصل فيه زيادة ، أو تعلق به حق لازم كما لو رهنته وأقبضته . . فيمتنع الرجوع ، ويتعين نصف بدله ، بخلاف ما إذا أوصت به أو وهبته ولم يقبضه . . فله الرجوع على الأصح .

فرع :

روى المزني عن الشافعي أنه لو أصدقها عبداً فدبرته ثم طلقها قبل الدخول . . لم يرجع في نصفه ؛ لأنه قربة لها فيه غرض ، فكان كالزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة ، فمن الأصحاب من قطع به ، ومنهم من قطع بعدم الرجوع ، ومنهم من حكىٰ قولين : إن قلنا : التدبير وصية . . رجع ، أو عتق بصفة . . فلا .

فَإِنْ كَانَ زَالَ وَعَادَ. . تَعَلَّقَ بِٱلْعَيْنِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَ. . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ لَهُ نِصْفَ بَدَلِهِ . . . .

والأصح : المنع مطلقاً ، سواء كانت المرأة موسرة أو معسرة ، وخص أبو إسحاق وغيره الخلاف بما إذا كانت موسرة بالقيمة ، فإن كانت مفلسة. . فله الرجوع إلىٰ نصفه قطعاً .

فإن قيل : إذا باع عبداً بثوب وتقابضا ، ودبر المشتري العبد ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً. . الأصح أن ذلك لا يمنع الرجوع ، وكذلك لا يمنع رجوع الواهب فيه على الأصح ، وينتقض التدبير فيهما ، فلم لا كان الصداق كذلك؟ فالجواب : أن استحقاق الفسخ في البيع والهبة سابق على التدبير ، بخلاف الطلاق ؛ فإن سلطنة الزوج على الرجوع بالطلاق متأخرة عن التدبير ، فلذلك لم يتسلط عليه ، بخلاف البائع والواهب .

قال : (**فإن كان زال وعاد. . تعلق بالعين في الأصح**) ؛ لأن حقه لا يختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولىٰ من البدل وكأنه لم يزل .

والثاني : يتعلق حقه بالبدل وكأنه لم يعد .

والفرق على الأصح بين هـٰذا وبين هبة الوالد لولده : أن حق الأب انقطع بزوال ملك الولد ولم يعد ، وحق الزوج لم ينقطع بدليل أنه يرجع إلى البدل فعاد بالرجوع .

وحاصله : أن حق الزوج في العين والمالية ، وحق الأب في العين فقط .

قال : (**ولو وهبته له ثم طلق. . فالأظهر : أن له نصف بدله**) ؛ لأنه ملك جديد حصل له قبل الطلاق فلا يمنع الرجوع المستحق بالطلاق[1] كما لو انتقل إليه من أجنبي أو وهبته منه .

والثاني ـ وهو نصه في القديم ، وبه قال الأئمة الثلاثة والمزني والبغوي ـ : لا يرجع عليها بشيء ؛ لأنها عجلت له ما يستحقه بالطلاق ، كمن عجل الزكاة

---

(١) في هامش(ز) : (لا يختص ذلك بالطلاق وما في معناه ، بل لو ارتدت. . جرى الخلاف بالنسبة للكل ، ولهـٰذا ذكره « الحاوي » بعد ذكر المشطر والمسقط ، ورجح البغوي مقابله ، وقال البلقيني : رجحه قبله المزني ، وقال الشافعي : إنه الأحسن) .

وَعَلَىٰ هَـٰذَا : لَوْ وَهَبَتْهُ ٱلنِّصْفَ . . فَلَهُ نِصْفُ ٱلْبَاقِي وَرُبُعُ بَدَلِ كُلِّهِ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفُ ٱلْبَاقِي ، وَفِي قَوْلٍ : يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَدَلِ نِصْفِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِ ٱلْبَاقِي وَرُبُعِ بَدَلِ كُلِّهِ . وَإِنْ كَانَ دَيْناً فَأَبْرَأَتْهُ . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

لا يطالب بها عند الحول ، وكالمديون إذا عجل الدين . . لا يطالب به عند حلوله .

والتعبير بـ(نصف بدله) وقع في « الروضة » أيضاً ، والصواب : بدل نصفه كما عبر به فيما سيأتي .

وقيل : إن وهبت قبل القبض . . لم يرجع قطعاً ، والمذهب : طرد القولين ، سواء قبضت أم لا .

قال : (**وعلىٰ هـٰذا : لو وهبته النصف . . فله نصف الباقي وربع بدل كله**) ؛ لأن الهبة وردت على الجملة فتشيع .

قال : (**وفي قول : نصف الباقي**) ؛ لأنه استحق النصف بالطلاق ، وتنحصر هبتها في نصيبها ، وهـٰذان القولان يعبر عنهما بقولي الحصر والإشاعة .

قال : (**وفي قول : يتخير بين بدل نصف كله أو نصف الباقي وربع بدل كله**) ؛ لأنه لا بد من الإشاعة ، وهي تفضي إلىٰ تبعيض حقه ، وهـٰذه الأقوال هي التي في (الزكاة) إذا أصدقها أربعين شاة فأخرجت منها واحدة للزكاة ثم طلقها قبل الدخول ، أما إذا قلنا : هبة الجميع تمنع الرجوع . . فهنا أيضاً ثلاثة أقوال :

أصحها ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : لا يرجع بشيء ، وحقه هو الذي يعجله .

والثاني : تنزل الهبة علىٰ خالص حقها ، ويرجع الزوج بجميع النصف الباقي .

والثالث ـ وبه قال المزني ـ : يرجع عليها بنصف الباقي عندها ، ويجعل النصف الموهوب مشاعاً ، فكأنها عجلت نصف حقه ووهبت منه نصف حقها الحاصل لها ، فحصل في المسألة خمسة أقوال .

قال : (**وإن كان ديناً فأبرأته**[1] **. . لم يرجع عليها على المذهب**) ؛ لأنها لم تأخذ

---

(١) في هامش(ز) : (قد يفهم : أنها لو عبرت بلفظ الهبة أو التمليك . . رجع عليها ، والأصح : التسوية) .

منه مالاً ، ولم تتحصل علىٰ شيء ، فأشبه ما إذا شهد شاهدان بدين علىٰ إنسان وحكم به حاكم ، ثم أبرأ المحكوم له المحكوم عليه عن الدين ، ثم رجع الشاهدان . . فإنهما لا يغرمان للمحكوم عليه شيئاً .

والثاني : يرجع ، وهو مرتب على القولين في الهبة للعين ، ولم يرجح الرافعي في « شرحيه » شيئاً من الطريقين .

فرعان :

أحدهما : وهبته صداقها وهو دين عليه ، أو أبرأته منه علىٰ أن يكرمها ولا يتزوج عليها . . أفتى ابن الصلاح بأنه لا يصح ، سواء قلنا : إنه إسقاط أو تمليك .

الثاني : قال الغزالي : إنما يصح الإبراء إذا كان عن طيب نفس منها ، أما إذا أساء إليها وضيق عليها بسوء الخلق فاضطرت إلىٰ إبرائه طلباً للخلاص . . فإنه لا يصح باطناً ؛ لأنه إبراء لا عن طيب نفس ، وطيبة النفس من طيبة القلب ، والقلب قد يريد ما لا تطيب به النفس كما يريد الحجامة والنفس تكرهها ، وطيْب النفس : أن تسمح بذلك لا لدفع ضرر عنها .

قال : (**وليس لولي عفو عن صداق على الجديد**) كسائر الديون ، والحقوق التي للمولىٰ عليه ليس للولي إسقاطها .

والقديم : أن له ذلك ، وهو مذهب مالك بشروط سنذكرها .

والأصل في هـٰذا الحكم قوله تعالىٰ : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ ومعنى الآية : أن الصداق قبل الدخول ينصف بالطلاق ، إلا أن تعفو الزوجة وتتبرع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج .

وفيمن بيده عقدة النكاح قولان :

الجديد : أنه الزوج ، وبه قال أبو حنيفة ، ويروىٰ عن علي رضي الله عنه ، والمعنىٰ : أو يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق ولا يتنصف .

والقديم : أن الذي بيده عقدة النكاح الولي ، والمعنىٰ : إلا أن تعفو المرأة أو وليها

. . . .

إن لم تكن هي أهلاً للعفو ، وإلىٰ هـٰذا ذهب مالك .

وسببه : أن الولي ينظر بالمصلحة ، وقد تكون المصلحة في عفوه ، فالصداق علىٰ هـٰذا القول إما أن ينتصف عند عدم العفو ، وإما أن يكون كله للزوج بعفوها أو عفو الولي ، ويروىٰ عن ابن عباس ما يوافق القديم ، ووجِّه بأن أول الآية خطاب للأزواج ، فلو كان المراد بالذي بيده عقدة النكاح (هُم) . . لما عدل عن الخطاب إلى الغيبة ، بل قال : إلا أن يعفون أو تعفوا أنتم .

وينبني على الخلاف مسائل : منها : لو ادعى الزوج تسليم الصداق للولي ، وسيأتي قبيل وليمة العرس .

تتمة :

للقديم خمس شروط : أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكراً عاقلة[1] صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق[2] ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هـٰذا هو المذهب تفريعاً على القديم .

وفي وجه : له العفو عن الثيب والمجنونة والبالغة المحجور عليها والرشيدة ، وقبل الطلاق إن رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً ، والصحيح الأول .

---

(١) في هامش (ز) : (بخلاف المجنونة ، وعللوه فيها بأنه يرجىٰ في العفو عن صداق العاقلة ترغيب الخاطبين فيها ، ويخلصها من زوجها ليتزوجها خير منه ، والمجنونة لا يكاد يرغب في نكاحها .

ومقتضى اعتبار الصغير : أنه لا يصح العفو عن صداق البالغة السفيهة ، وكذا نقله الرافعي عن « التتمة » ، لـٰكن في « الكفاية » عن الإمام وغيره أنها كالصغيرة ، وصوبه البلقيني لظاهر القرآن ، ولأنه يرغب فيها كالصغيرة) .

(٢) في هامش (ز) : (كذا صححه الشيخان هنا ، لـٰكن قال الرافعي في أواخر الباب الرابع من « الخلع » : الأقوى : الاكتفاء بالعفو المقارن للطلاق ، إلا أنه عبر عن ذلك بعبارة مختلة تعرف بمراجعته) .

فَصْلٌ :

لِمُطَلَّقَةٍ قَبْلَ وَطْءٍ مُتْعَةٌ إِنْ لَمْ يَجِبْ شَطْرُ مَهْرٍ ، . . . .

ولو زوجها الأب ومات . . ففي صحة عفو الجد وجهان[1] ؛ لأن الصداق لم يثبت به لـٰكنه ولي .

ولو خلعها الولي علىٰ نصف الصداق وجوزنا العفو . . صحت المخالعة ، قاله المتولي وغيره ، وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان ، والأول أشبه .

ولو زوج ابنه السفيه أو الصغير أو السفيهة بمهر فيرجع إليه بانفساخ النكاح برضاع أو ردة المرأة قبل الدخول ، أو ابنه الكبير السفيه فعاد المهر إليه بذلك أو نصفه بالطلاق . . لم يجز للأب والجد العفو عنه قولاً واحداً .

قال : (**فصل** :

لمطلقة قبل وطء متعة) المتعة بضم الميم : من التمتع ، وهو الانتفاع ، والمراد هنا : المال الذي يدفعه الرجل إلى المرأة عند الفراق .

وآيات المتعة في القرآن خمس : ثلاث في البقرة وآيتان في الأحزاب .

قال المصنف في « الفتاوىٰ » : إن وجوب المتعة مما يغفل عن العمل بها ، ولا تعرفها النساء ، فينبغي تعريفهن وإشاعة حكمها ؛ ليعرفن ذلك .

قال : (**إن لم يجب شطر مهر**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ .

وهل وجبت بالعقد أوالطلاق؟ فيه قولان : أصحهما ـ وهو الجديد ـ الثاني .

واحترز بـ(المطلقة) عن المفارقة بالموت فلا متعة لها بالإجماع ؛ لأن النكاح قد انتهىٰ نهايته فلا إيذاء فيه .

---

(١) في هامش(ز) : (قال البلقيني : الأرجح على القديم جواز العفو قبل الطلاق ؛ لعدم التقييد في الآية ، والعفو مع قيام الصحبة سبب لدوامها غالباً ، بخلاف ما بعد الطلاق ؛ فإن فائدته متوهمة ، وهو الحمل بذلك على الرغبة فيها) .

وعن مالك رحمه الله : أن المتعة مستحبة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ .

والجواب : أنه تعالىٰ قال : ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ ، ولأنها لو لم تجب . . لخلا بضعها عن البدل ، وأما التي وجب لها شطر مهر بتسمية في العقد صحيحة كانت أو فاسدة أو فرض بعد العقد في المفوضة . . فلا متعة لها ؛ لمفهوم الآية ، ويكفيها شطر المهر ، وحكىٰ إلكيا الطبري فيه الإجماع ؛ لأن الله تعالىٰ لم يجعل لها سواه بقوله : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ وقد صرح بهـٰذه في « المحرر » فحذفه المصنف اكتفاء بالمفهوم .

وحكى المرعشي قولاً في التي فرض لها ولم يدخل بها : أنها تستحق المتعة .

وفي « صحيح البخاري » [٥٢٥٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فارق الجونية قبل مسها قال لأبي أسيد الساعدي : « اكسها رازقيتين » .

قال الجوهري : والرازقية ثياب كتان بيض .

قال : (**وكذا لموطوءة في الأظهر**) ؛ لعموم : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ، ولخصوص : ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ ﴾ وكان قد دخل بهن ، وفي الآية تقديم وتأخير ؛ أي : فتعالين أسرحكن وأمتعكن .

وفي « سنن البيهقي » [٧/٢٥٧] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر زوج فاطمة بنت قيس أن يمتعها) لـٰكن في إسناده عبد الله بن عقيل ، وقد تقدم ما فيه .

وفيه [٧/٢٥٧] بإسناد صحيح عن ابن عمر : (أن لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها ولم يدخل بها فحسبها نصف المهر) .

والثاني ـ وهو القديم ، وبه قال أبو حنيفة ـ : لا متعة لها ؛ لأنها إذا لم تجب عند وجوب شطر المهر . . فعند جميعه أولىٰ .

وعن أحمد روايتان كالمذهبين ، فعلى القديم : لا متعة إلا لمطلقة واحدة ، وعلى الجديد : لكل مطلقة متعة إلا واحدة .

قال : (**وفرقة لا بسببها كطلاق**) في إيجاب المتعة كما إذا ارتد أو أسلم أو لاعن ، أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو ابنته زوجته الصغيرة .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ تَنْقُصَ عَنْ ثَلاَثِينَ دِرْهَماً . . . .

وصورة ذلك : أن تكون أمة[1] زوَّجها سيدها بالتفويض لعبد[2] ، والأصح : أن الزوج لا يرجع على المرضعة في هٰذه الصورة بما غرمه من المتعة ، والخلع وإن كان يتم بها . . فهو كالطلاق على المشهور ، سواء كان معها أو مع أجنبي ، وكذا لو طلقت نفسها بتفويضه ، أو علق بفعلها ففعلت ، أو طلق المولىٰ بطلبها ، وفيها وجه .

ولو ارتدا معاً . . فلا متعة على الأصح ، وكل فرقة منها أو بسبب فيها لا متعة فيها ، كردتها وإسلامها وفسخها بإعساره أو عتقها أو تغريره أو عيبه أو فسخه بعيبها .

ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح . . فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها .

ولو اشترىٰ زوجته . . فلا متعة على الأظهر ، وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج . . وجبت ، وإن استدعاه السيد . . فلا .

ويستوي في المتعة المسلم والذمي ، والحر والعبد ، والحربية والذمية ، وهي في كسب العبد ولسيد الأمة كالمهر .

قال : (**ويستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً**) رواه البيهقي عن ابن عمر [٧/٢٤٤] ، قال الرافعي : وعن ابن عباس أيضاً ـ وهو منصوص « المختصر » ، ونقل غيره عن النص ـ : أنه يمتعها خادماً أو مقنعة ، وإلا . . فقدر ثلاثين درهماً ، وليس ذلك اختلاف قول ، بل أعلاه خادم ، وللمعسر مقنعة ، وللمتوسط ثلاثون درهماً ، والواجب ما تراضيا عليه .

والمراد بالمقنعة هٰهنا : التي لا تبلغ ثلاثين درهماً .

واستشكل في « شرح التعجيز » إطلاق الثلاثين ؛ فإن من النساء من يكون هٰذا المقدار مهر مثلها ، ومقتضىٰ إطلاق الشيخين : أنه لا فرق في ذلك بين الغني

---

(١) في هامش (ز) : (أي : صغيرة) .

(٢) في هامش (ز) : (إنما صوره ؛ لأن ذلك مشكل ؛ لأنه قد تقرر أن المتعة مختصة بالتفويض أو الدخول ، وكلاهما مستحيل ممن هي في سن الرضاع ، وهٰذا التصوير ذكره في « المهمات » ، ويتصور أيضاً في زوج صغير أرضعته أم الزوجة) .

فَإِنْ تَنَازَعَا . . قَدَّرَهَا ٱلْقَاضِي بِنَظَرِهِ مُعْتَبِراً حَالَهُمَا ، وَقِيلَ : حَالَهُ ، وَقِيلَ : حَالَهَا ، وَقِيلَ : أَقَلَّ مَالٍ . . . .

والفقير ، ولا شك في إضرار الفقير بذلك ، وجرت عادة الحكام بتقدير عشرة دراهم ، وذلك قريب .

وقال أبو بكر الخفاف في « الخصال » : لم يقل الشافعي بالاستحسان إلا في ست مواضع : تقرير الصداق بالخلوة ، وكتاب القاضي إلى القاضي ، وأن الشفعة ثلاثة أيام ، والتحليف بالمصحف ، وأن المتعة ثلاثون درهماً ، واستحسان مراسيل سعيد بن المسيب .

قال : (**فإن تنازعا . . قدرها القاضي بنظره**) ؛ لاختلافها باختلاف العادات .

قال : (**معتبراً حالهما**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فيعتبر حال الرجل في اليسار والإعسار ، والزوجة في اللائق بها وفي نسبها وصفاتها ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الغزالي وطائفة .

قال : (**وقيل : حاله**) كالنفقة ، وظاهر الآية يدل له ، وهو قول أبي إسحاق .

قال : (**وقيل : حالها**) ؛ لأنه كالبدل عن المهر ، وهو مخالف لظاهر القرآن .

وحكى الماوردي وجهين فيما يعتبر به حالها :

أحدهما : في السن والنسب والجمال كمهر المثل .

والثاني : بما سبق من جهازها من يسار وإعسار ، وهو بعيد .

قال : (**وقيل : أقل مال**) كما أنه يجوز أن يكون صداقاً .

فرع :

حكىٰ عصام بن يوسف عن المزني عن الشافعي أنه قال ـ إذا طلقها ثم مات قبل أن يمتعها ـ : إن متعتها في جميع المال ، وإن المكاتب إذا عتق ولم يعطه سيده شيئاً حتىٰ مات . . يعطىٰ من الثلث ، قال أبو إسحاق المروزي : لأن إيتاء المكاتب قربة لله تعالىٰ ، والمتعة حق آدمي فقدمت من رأس المال[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (هـٰذا الفرق ضعيف ؛ فإنه في المكاتب تتعلق بجميع المال أيضاً) .

فَصْلٌ :

ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ أَوْ صِفَتِهِ . . تَحَالَفَا ، . . . .

وعصام المذكور حنفي ، إمام من أئمة مذهبه ، معروف كما صرح به العبادي في « الطبقات » .

تتمة :

هل يجوز أن تزيد المتعة علىٰ نصف مهرها؟ وجهان :

أحدهما ـ ويحكىٰ عن صاحب « التقريب » ـ : لا ؛ لأنها بدل عن شطر المهر فلا يزاد عليه .

وأصحهما : نعم ؛ لإطلاق الآية ، وهـٰذا ما أورده المتولي والبغوي وغيرهما .

وحكى الحناطي وجهاً ثالثاً : أنْ تنقص عن شطر الصداق كما يحط التعزير عن الحد .

وقال أبو حنيفة : تقدر المتعة بثلاثة أثواب : درع وخمار ومقنعة ، إلا أن يكون نصف مهرها أقل من ذلك .

وعن أحمد رواية : أنها تتقدر بما تجزىء فيه الصلاة ، وفي رواية : يقدرها الحاكم .

قال : (**فصل :**

اختلفا في قدر مهر أو صفته : تحالفا) كما في البيع ، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف بعد الدخول أو قبله ، سواء كانت الزوجية باقية بينهما أو انقطعت ؛ لأن الصداق عقد مستقل ، وأثر التحالف إنما يظهر فيه لا في النكاح .

وعند أبي حنيفة : إن كان قبل الدخول . . فالقول قولها في قدر المهر ، وقول الزوج فيما زاد .

وعند مالك : يتحالفان ، ويفسخ النكاح ؛ بناء علىٰ أصله : أن فساد الصداق يوجب فساد العقد .

وقال أحمد : القول قول الزوج ، إلا أن يدعي ما يستنكر .

ومحل ما ذكره في العين إذا كان الزوج يدعي الأقل ، فلو ادعى الأكثر كما لو قال : بألفين ، وقالت : بل بألف . . فلا تحالف ؛ لأنه معترف لها بما تدعيه وزيادة ، ويبقى الباقي في يده كما هو الصحيح في المسألة .

ومحله أيضاً في الاختلاف في المسمىٰ ، فلو حصل في مهر المثل لفساد التسمية ونحوه واختلفا في مقداره . . فلا تحالف ، بل يصدق الزوج بيمينه ؛ لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته عما زاد .

والكلام في كيفية اليمين ، وفيمن يبدأ به كما تقدم في (البيع) ، لـٰكن المنصوص هنا : البداءة بالزوج ؛ لقوة جانبه بعد التحالف ببقاء البضع له ، فهو كالبائع ؛ إذ يرجع المبيع إليه .

وقيل : يبدأ بالمرأة ؛ لأنها كالبائع ، والزوج كالمشتري .

وقيل : يبدأ الحاكم بأيهما شاء ؛ لتساويهما .

وقيل : يقرع بينهما .

والخلاف في الاستحباب ، وقيل : في الاستحقاق .

قال : (**ويتحالف وارثاهما ، ووارث واحد والآخر**) ؛ لأن الصداق كعقد مستقل بنفسه ، وأثر التحالف يظهر فيه لا في النكاح ، فإذا حلف الزوجان . . حلفا على البت في النفي والإثبات ، والوارث علىٰ نفي العلم في النفي ، وعلى البت في الإثبات ، كما هو شأن اليمين علىٰ فعل الغير ، فيقول وارث الزوج : والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف ، إنما نكحها بخمس مئة ، ويقول وارث الزوجة : والله لا أعلم أنه نكح مورثتي علىٰ خمس مئة ، وإنما نكحها بألف ، هـٰذا هو المشهور[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (ويجوز أنه جرىٰ عقدان وذلك يمنعه من القطع بالنفي ، بخلاف العاقد نفسه ، وفي « النهاية » وغيرها : تحلف المرأة يميناً يشتمل على الجزم ونفي العلم فتقول : لاأعلم أنه زوجني بألف ، ولقد زوجني بألفين .

قال ابن النقيب : وهو ظاهر ؛ لأنها تحلف علىٰ فعل غيرها ، لا سيما من زوجت صغيرة) .

ثُمَّ يُفْسَخُ ٱلْمَهْرُ وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ . وَلَوِ ٱدَّعَتْ تَسْمِيَةً وَأَنْكَرَهَا . . تَحَالَفَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال الرافعي : أحسن بعض الشارحين فقال : في الوارث عندي أنه يحلف على البت فيهما ؛ لأن من قطع بألف . . قطع بأنه غير ألفين ، فلا معنىٰ لقوله : لا أعلم أنه نكحها بألفين مع قوله : ولقد نكحها بألف .

وكأنه أراد به ابن داوود ، وهو أبو بكر الصيدلاني ؛ فهو قال في « شرحه للمختصر » ذلك .

قال : (**ثم يفسخ المهر ويجب مهر المثل**) هـٰذا أثر التحالف ؛ لأن الصداق عقد مستقل ، وهو الذي ينفسخ ، وأما النكاح . . فلا تطرق إليه .

قال الرافعي : وقد سبق في (البيع) وجه : أنه ينفسخ بنفس التحالف ، فليجيء هنا مثله ، وليكن القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً علىٰ ما سبق في (البيع) ، وقد صرح بجميع هـٰذا الحناطي ، وسواء في الرجوع إلىٰ مهر المثل زاد ما تدعيه المرأة أم لا .

وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً . . فليس لها إلا ما ادعته ، والصحيح الأول ، هـٰذا في الظاهر ، وأما في الباطن ، فإن قلنا : لا ينفسخ . . لم يخف ما يحل لها .

قال : (**ولو ادعت تسمية وأنكرها . . تحالفا في الأصح**) ؛ لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي مسمىً ، فحاصله : الاختلاف في قدر المهر .

والثاني : يصدق الزوج ؛ لأن الأصل عدم التسمية .

قال الرافعي : وإنما يحسن وضع هـٰذه المسألة إذا ادعت أكثر من مهر المثل [١] ، وقد صرح به في « البحر » . قال ابن الرفعة : بل يحسن الإيراد وإن ادعت قدر مهر المثل إذا كان من غير نقد البلد ؛ لاختلاف الغرض بأعيان الأموال [٢] .

---

(١) في هامش (ز) : (لـٰكن كلامهم في آخر الخلع على التحالف يقتضي أنه أعم من ذلك ، فانظره) .

(٢) في هامش (ز) : (قال الإمام البلقيني : ويحسن وضعها إذا كان المسمىٰ معيناً ولو كان =

وَلَوِ ٱدَّعَتْ نِكَاحاً وَمَهْرَ مِثْلٍ فَأَقَرَّ بِٱلنِّكَاحِ وَأَنْكَرَ ٱلْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ . . فَٱلأَصَحُّ : تَكْلِيفُهُ ٱلْبَيَانَ ؛ . . . .

ولو أنكرت التسمية وادعاها الزوج . . فهل القول قولها أو يتحالفان؟ القياس : مجيء الوجهين[1] ، ولو ادعىٰ أحدهما التفويض والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد . . فهو كما لو ادعىٰ أحدهما السكوت والآخر التسمية ، وإلا . . فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب[2] ، ولو ادعىٰ أحدهما التفويض والآخر أنه لم يجر للمهر ذكر . . فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

والصواب : أن الزوج إذا مات وادعت على الوارث أن الزوج سمىٰ لها ألفاً فقال الوارث : لا أعلم كم سمىٰ . . لم يتحالفا ، بل يحلف الوارث علىٰ نفي العلم ، ثم يقضىٰ لها بمهر المثل .

قال : (**ولو ادعت نكاحاً ومهر مثل فأقر بالنكاح وأنكر المهر أو سكت . . فالأصح : تكليفه البيان**)[3] فلا يسمع إنكاره ؛ لاعترافه بما يقتضي المهر .

والثاني : لها المهر بيمينها ؛ لأن الظاهر معها ، وبه جزم الإمام ، وقال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج ، وعليها البينة .

= يساوي مهر المثل أو أنقص منه) .

(١) في هامش (ز) : (قاله الرافعي ، قال ابن النقيب : وينبغي أن يصور ذلك بما إذا ادعىٰ دون مهر المثل علىٰ قياس ماتقدم .
قلت : أو قدره من غير نقد البلد ، أو عيناً معينة كما تقدم) .

(٢) في هامش (ز) : (كذا في « أصل الروضة » ، قال الإمام البلقيني : لم يبين فيه الحكم ، وكأنه أحاله على ما إذا اختلفا في عقدين . . فإن كلاً يحلف علىٰ نفي مدعى الآخر) .

(٣) في هامش (ز) : (قال ابن النقيب : هـٰذه المسألة قريبة الشبه من التي قبلها في المعنىٰ وإن اختلفا في الصورة ، فليحرر الفرق بينهما .
قلت : هناك إنما أنكر التسمية ، ومقتضاه لزوم مهر المثل ، فإذا كان مدعاها زائداً عليه أو من غير جنسه . . فقد اختلفا في المهر فيتحالفا ، وأما هنا . . فإنه أنكر المهر أصلاً ، ولا سبيل إليه مع الاعتراف بالنكاح ، فلهـٰذا كان الأصح تكليفه البيان ، فإن ذكر أنقص مما ذكرت . . جاء التحالف ، وإن أصر على الإنكار . . حلفت وقضي لها) .

فَإِنْ ذَكَرَ قَدْراً وَزَادَتْ . . تَحَالَفَا ، وَإِنْ أَصَرَّ مُنْكِراً . . حَلَفَتْ وَقُضِيَ لَهَا . وَلَوِ ٱخْتَلَفَ فِي قَدْرِهِ زَوْجٌ وَوَلِيُّ صَغِيرَةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ . . تَحَالَفَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وحكى الغزالي ثالثاً : وهو التحالف ، وأنكروه عليه[1] .

قال : (**فإن ذكر قدراً وزادت . . تحالفا ، وإن أصر منكراً . . حلفت وقضي لها**) .

قال الروياني : رأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهـٰذا ، وهو القويم ؛ أي : المستقيم ، وظنه ابن الرفعة بالدال فقال : فالجديد إذن خلافه .

قال : (**ولو اختلف في قدره زوج وولي صغيرة أو مجنونة . . تحالفا في الأصح**) ؛ لأن الولي هو المالك للعقد المستوفي للصداق ، فكان اختلافه مع الزوج كاختلاف البالغة مع الزوج ، ولأن إقراره في النكاح مقبول فيه وفي الصداق ، فإذا قبل إقراره . . لم يبعد تحليفه ، هـٰذا هو الذي نص عليه في « الأم » ، وهو المفتىٰ به كما سيأتي في (باب الدعاوىٰ) في عدم تحليف الولي .

وقد يقال : الذي رجحه المصنف هنا لا ينافي ما قاله هناك ؛ لأن حلفه هناك على استحقاق الصبي ، فهو حلف للغير فلم تقبل النيابة هنا ، علىٰ أن العقد وقع هـٰكذا فهو حلف لنفسه ، والمهر يثبت ضمناً فافترق البابان ، ولهـٰذا : إذا حلف هنا . . إنما يحلف علىٰ فعل نفسه ، كما لو اختلف المشتري ووكيل البائع في الثمن . . فإنهما يتحالفان .

والوجه الثاني المقابل لكلام المصنف : لا تحالف ؛ لأن اليمين لا تجري النيابة فيها ، فعلىٰ هـٰذا : توقف إلىٰ بلوغها فيتحالفان .

ويجوز أن يحلف الزوج ويوقف يمينها إلىٰ بلوغها ، وهـٰذا الوجه نقله في « الكفاية » عن ابن سريج وأبي إسحاق ، وهو سهو ؛ فإن الذي ذهبا إليه الأول .

وإن قلنا : يحلف الولي . . فذلك إذا ادعىٰ زيادة علىٰ مهر المثل ، والزوج معترف

---

(١) في هامش (ز) : (وهو الأصح عنده ؛ لأنه قد ينكحها بأقل متمول ، وما قاله لايكاد يتصور ؛ فإن التحالف أن يحلف كل علىٰ إثبات مايدعيه ونفي مازعمه صاحبه ، والمفروض في الزوج إنكار مطلق) .

. . . .

بمهر المثل ، وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل . . فلا تحالف ؛ لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي[(١)] .

ولو ذكر الزوج قدراً يزيد علىٰ مهر المثل وادعى الولي زيادة عليه . . لم يتحالفا ؛ كيلا يرجع الواجب إلىٰ مهر المثل ، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج ، والخلاف الذي ذكرناه في اختلاف الزوج وولي الصغيرة يجري فيما إذا اختلفت المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين الصغيرين .

ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف . . حلفت هي ولا يحلف الولي ، وادعى البغوي الاتفاق عليه ، وقال القاضي أبو الطيب : يحلف الولي ، وصححه المتولي والفارقي .

وجميع ما ذكرناه في هـٰذه المسألة هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، أما ما لا يتعلق به بأن ادعىٰ علىٰ رجل أنه أتلف مال الطفل وأنكر المدعىٰ عليه ونكل عن اليمين . . فوجهان :

أحدهما : أن الولي يحلف اليمين المردودة ؛ إتماماً للخصومة ، واستخراجاً لحق الصبي .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « المهمات » : لا يستقيم ذلك إذا فرعنا على الصحيح المنصوص أن الزوج هو الذي يبدأ ؛ فإنه إذا حلف . . فقد أثبت بيمينه مهر المثل ، فلا يحتاج في إثباته إلىٰ يمين الولي ، ويصير كما إذا اتفقا علىٰ زيادة المسمىٰ علىٰ مهر المثل ، ولـٰكن اختلفا في قدرها . . فإنه لا تحالف ، قال : وينبغي في صورة ادعائه أقل من مهر المثل التحالفُ .

قلت : إنما منع التحالف في صورة اتفاقهما علىٰ زيادةٍ علىٰ مهر المثل ، واختلافهما في قدرها لا يفضي إلى النقص عما يقوله الزوج ، أما في دعوى الزوج قدره والولي زيادة عليه . . فلا ضرر في التحالف ، وقد يحصل النفع بمشروعيته بأن ينكل الزوج فينفرد الولي بالحلف ، ويأخذ بها الزيادة .

وقول شيخنا : إن الصحيح أن الزوج هو البادىء . . فهـٰذا أولاً استحباب ، وثانياً أنه سواء بدأ أو ثنىٰ لا تكمل القضية إلا بوجود اليمينين .

وأما صورة ادعائه أقل من مهر المثل . . فيظهر ما قاله الرافعي إن كان الذي ادعاه الولي مهر المثل ، وما قاله شيخنا إن كان أكثر منه ؛ لما قررناه من عدم الضرر مع احتمال النفع بتقدير النكول ، وإذا جعلت هـٰذا ضابط التحالف هنا . . اتضح لك أمره ، والله أعلم) .

وَلَوْ قَالَتْ : نَكَحَنِي يَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ ، وَيَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ ، وَثَبَتَ ٱلْعَقْدَانِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ . . لَزِمَهُ أَلْفَانِ ، وَإِنْ قَالَ : لَمْ أَطَأْهَا فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَسَقَطَ ٱلشَّطْرُ ، وَإِنْ قَالَ : كَانَ ٱلثَّانِي تَجْدِيدَ لَفْظٍ لاَ عَقْداً . . لَمْ يُقْبَلْ . . . . . .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه لا يتعلق بتصرف الولي وإنشائه ، وعلىٰ هـٰذا : فلا يقضىٰ بالنكول ، بل يتوقف إلىٰ أن يبلغ الصبي فلعله يحلف .

وفي وجه : لا تعرض اليمين عليه ، ويتوقف في أصل الخصومة .

قال : (**ولو قالت : نكحني يوم كذا بألف ، ويوم كذا بألف ، وثبت العقدان بإقراره أو ببينة . . لزمه ألفان**)[1] ؛ لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها في اليوم الأول ثم يخلعها ثم ينكحها في اليوم الثاني ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة ولا لحصول الوطء ؛ لأن كل عقد منهما ثبت مسماه ، والأصل بقاؤه ، كذا قالوه ، والتحقيق[2] : أنه يلزمه الألف ونصفها ؛ لأن الأصل عدم الدخول في الأول ، اللّهم إلا أن يثبت الدخول فيه . . فيصح ما قالوه .

قال : (**وإن قال : لم أطأها فيهما أو في أحدهما . . صدق بيمينه**) ؛ لأن الأصل عدم الوطء .

قال : (**وسقط الشطر**) أي : في النكاحين أو في أحدهما ؛ لأن ذلك فائدة تصديقه .

ولو ادعىٰ رجل أنه اشترىٰ منه كذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف وطالبه بالثمنين . . لزمه الثمنان إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

قال : (**وإن قال : كان الثاني تجديد لفظ لا عقداً . . لم يقبل**) ؛ لمخالفة

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا لو ثبتا بيمينها بعد نكوله) .

(٢) في هامش (ز) : (وكذا استشكله البلقيني ثم قال : لا يقال : قد تحقق مسمى العقد والأصل بقاؤه ؛ لأن الفرقة المقدرة تمنع هـٰذا الأصل ، لا يقال : فعلى الزوج دعوى المسقط ؛ لأنا نقول على القاضي أن يحتاط لحكمه بالإلزام ، فيستفصل : هناك دخول أم لا؟ وقد قال الماوردي : إنه لا ينبغي للحاكم أن ينبهه عليه ، ومقتضاه أنه يلزم بالألفين ، ولا ينبه الزوج ، وهو من المشكلات) .

. . . .

الظاهر ، وهل له تحليف المرأة علىٰ نفي ذلك؟ وجهان : أصحهما : له ذلك ؛ لإمكانه[١] .

فرع :

في « فتاوى البغوي » : رجل أراد أن يزوج ابنه امرأة ، فخطبها لابنه وتوافقا على العقد ، فقبل أن يعقد ، أهدىٰ لها أبو الزوج شيئاً ثم مات المهدي قبل العقد ، ثم نكحها ابنه ثم طلقها قبل الزفاف واسترجع الهدايا . . قال : يكون ميراثاً بين الجميع ؛ لأن الأب إنما أهدىٰ لأجل العقد ، ولم يعقد في حياته فيكون ميراثاً لورثة الأب ، وفي استرجاع الهدايا نظر[٢] .

فائدة :

قال ابن الخل في « توجيه التنبيه » : يجوز لولي المحجورة إذا تزوجت أن يصوغ لها الذهب والفضة حلياً وإن نقصت بذلك قيمته وتلف جزء منه ، وأن يصبغ لها الثياب ويقطعها ؛ لما فيه من المنفعة للمولىٰ عليه في رغبة الأزواج في الوصلة بها .

وفي « قضاة مصر » لابن زولاق عن أبي عبيد بن حربويه وابن الحداد : أنهما منعا ذلك بأزيد من قدر صداقها كما يقوله مالك ، وعمل الناس على الأول .

ووقع في « الفتاوىٰ » : هل لولي المحجورة أن يبيع عقارها ليشتري لها شورة[٣]

---

(١) في هامش (ز) : (واستشكله البلقيني بأنه تعارض هنا أصل ـ وهو : بقاء النكاح الأول وبراءة ذمة الزوج من صداق الثاني ـ وظاهر ؛ وهو : أن النكاح الثاني جرىٰ على الصحة ، فينبغي تخريجه علىٰ تقابل الأصل والظاهر ، قال : وأيضاً فيجوز أن يكون الطلاق رجعياً ، واستعمل الزوج مع الولي لفظ الإنكاح بصداق ، فيتجه خلاف دعوى الصحة والفساد) .

(٢) في هامش (ز) : (زاد الأذرعي في التوسط ، والأقرب أنه ليس للزوج المطلق ولا لغيره استرجاعها بعد الطلاق ، بخلاف ما لو لم يجر عقد أصلاً ، ثم ذكر عن بعضهم أنه تعرض لكلام البغوي بالرد عليه وأطال فيه) .

(٣) الشورة : اللباس الحسن .

. . . .

إذا علم أو غلب علىٰ ظنه أنه لا يرغب فيها إلا بذلك؟ وأجيب فيه بالجواز ، وفيه أيضاً نظر .

تتمة :

من صور التنازع بين الزوجين : أن يختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها مع يمينها ، سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده ، خلافاً لمالك رحمه الله فيما بعد الدخول .

ولو اتفقا علىٰ قبض مال وقال الزوج : دفعته صداقاً ، وقالت : بل هدية . . فقد أطلق مطلقون أن القول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه ونيته .

وفصل مفصلون فقالوا : إن كان الاختلاف في اللفظ فقال الزوج : ذكرت عند الدفع أنه صداق ، وقالت : بل قلت : إنه هدية . . فالجواب هٰكذا ، أما إذا اتفقا علىٰ أنه لم يجر لفظ واختلفا في نيةٍ . . لم يلتفت إلىٰ ما تقوله ، والقول قوله بلا يمين .

قال الرافعي : ويشبه أن يكون هٰذا بناء علىٰ أن المعاطاة لا تكفي في الهدايا ، والأصح : الاكتفاء بها ، فعلى الصحيح : يجب أن تقبل دعواها ، وأن يحتاج الزوج إلى اليمين .

ثم لا فرق بين أن يكون المقبوض من جنس الصداق أو من غير جنسه ، ولا بين الطعام وغيره .

وعن أبي حنيفة : أن القول فيما لا يدخر قولها ، وعنه : أن القول في الطعام قولها ، وعن مالك مثله .

ولو ادعى الزوج دفع الصداق إلىٰ ولي الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة . . فالدعوىٰ مسموعة ، وإن ادعىٰ دفعه إلىٰ ولي البالغة الرشيدة . . لم تسمع الدعوىٰ عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، ولافرق بين البكر والثيب .

وفي البكر وجه آخر : أنه تسمع دعواه عليها من غير أن يدّعي إذنها .

قال المتولي : والمسألة تنبني على القاعدة المتقدمة : أن الأب هل له أن يعفو عن

فَصْلٌ :

وَلِيمَةُ ٱلْعُرْسِ سُنَّةٌ ، ....

صداقها أو لا؟ فإذا جوزنا له العفو . . جاز له أن يقبض .

وعند أبي حنيفة : له أن يقبض صداقها ما لم يوجد منها تصريح بالنهي عن قبضه .

ومما يتعلق بكتاب الصداق : أصدقها جارية ، ثم وطىء الجارية عالماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول . . فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام ، وإن كان قبل الدخول . . فلا حد ، وعللوه بشيئين :

أحدهما : لا يبعد أن تخفىٰ مثل هٰذه الأحكام على العوام .

والثاني : اختلاف العلماء ؛ فإن مالكاً رحمه الله قال : لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق ، فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد . . فعلى التعليل الأول : يحد ، وعلى الثاني : لا .

وحيث قلنا : يحد فأولدها . . فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة ، وحيث لا يحد . . فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

وإذا خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني . . يتشطر المهر عندنا .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجب جميعه .

قال : (**فصل :**

وليمة العرس سنة) ؛ لثبوتها عن النبي صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلاً ، ففي « السنن الأربعة »[1] عن أنس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم علىٰ صفية بسويق وتمر) .

وفي « الصحيحين » [خ ٤٢١٣ـ م ١٣٦٥/ ٨٤] عنه : (أنه عليه الصلاة والسلام جعل وليمتها التمر والسمن والأقط) .

---

(١) أبو داوود (٣٧٣٧) ، والترمذي (١٠٩٥) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٥٦٦) ، وابن ماجه (١٩٠٩) .

. . . .

وفيهما عنه [خ ٢٠٤٨ـ م ١٤٢٧/٧٩]: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف : « أولم ولو بشاة » وصرفنا عن الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس في المال حق سوى الزكاة »(١) ، ولأنها لا تختص بالمحتاجين فأشبهت الأضحية ، وأمره صلى الله عليه وسلم بها محمول على تأكد الندب .

وهي في اللغة : الطعام المتخذ للعرس .

وقال الماوردي : إصلاح الطعام واستدعاء الناس لأجله ، ولفظها من الولم وهو الجمع ؛ لأن الزوجين يجتمعان ، وهي تقع على كل دعوة تتخذ لسرور حادث من إملاك وختان وغيرهما ، لكن استعمالها على الإطلاق في الإملاك أشهر ، وفي غيره بقيد ، يقال : وليمة الختان وغيره .

ويقال لوليمة الختان : إعذار بالعين المهملة والذال المعجمة ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة عن الطلق : خرس ـ بضم المعجمة ـ وقيل : الخُرس : طعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة ـ بالنون ـ تصنع له ، وقيل : هو يصنعها ، ولإحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ في المصيبة : وضيمة ـ بفتح الواو وكسر الضاد المعجمة ـ وللإملاك : ملاك . قاله أبو داوود .

وسمى في « الكفاية » طعام الإملاك : الشندخي ، ولختم القرآن : حذاق ، ولغير سبب : مأدبة .

ولم يعد الأصحاب الوليمة للأخوة ، وينبغي أن تكون سنة ؛ لما روى البخاري عن أنس قال : آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين عبد الرحمن بن عوف وسعد بن الربيع الأنصاري وقال له : « أولم ولو بشاة » .

والجواب : أن هذه قطعة من حديث ، وتمامه : قال أنس : لما قدم عبد الرحمن بن عوف المدينة . . آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين سعد بن الربيع الأنصاري ، فعرض عليه سعد أن يناصفه أهله وماله ، وكان له امرأتان ، فقال له

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٧٨٩) ، والبيهقي (٤/ ٨٤) .

عبد الرحمن : بارك الله لك في أهلك ومالك ، دلوني على السوق ، قال : فأتى السوق ، فربح شيئاً من أقط وشيئاً من سمن ، فرآه النبي صلى الله عليه وسلم بعد أيام وعليه وضر من صفرة فقال : « مهيم؟ » قال : تزوجت امرأة من الأنصار ، قال : « ما سقت إليها؟ » قال : وزن نواة من ذهب ، قال : « أولم ولو بشاة » .

لٰكن بوب عليه ابن حبان والحافظ الطبري في « الأحكام » : (باب الوليمة للإخوة) ، وذكرا حديث أنس ، وعلم ما فيه .

ولم يتكلم الأصحاب على استحباب الوليمة للتسري ، والظاهر استحبابه ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما اصطفىٰ صفية واختلىٰ بها . . قال الصحابة وهم يأكلون : هل هي من أمهات المؤمنين أو من الإماء؟ فقالوا : إن حجبها . . فهي من أمهات المؤمنين ، فلما حجبها . . علموا أنها منهن ، فدل علىٰ أن الوليمة كانت مشروعة لكل منهما ، لٰكن لم ينقل أنه أولم علىٰ مارية .

ومراد المصنف بـ(العرس) : الدخول ، لٰكنه في « الشرح » عبر بـ(الإملاك) ، وفسره في « أصل الروضة » بالنكاح ، ووليمة الإملاك غير وليمة العرس كما صرح به الشافعي في « الأم » .

قال : (**وفي قول أو وجه : واجبة**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف : « أولم » وظاهر الأمر الوجوب ، ولأنه عليه الصلاة والسلام ما تركها في حضر ولا سفر .

وقيل : فرض كفاية إذا أظهرها الواحد في عشيرته ظهوراً منتشراً . . سقط فرضها عمن سواه ، وإلا . . حرجوا بتركها أجمعين .

وتردُّدُ المصنف في كون الخلاف قولاً أو وجهاً تبع فيه الرافعي ، والصواب : أنه قول كما صرح به الماوردي وصححه الجرجاني ، وقال في « المهذب » : إنه المنصوص ، وهو ظاهر نص « الأم » و« المختصر » .

وأما غيرها من الولائم . . فالمذهب : القطع بندبها ، وطرد المتولي فيها قول الوجوب .

وَٱلإِجَابَةُ إِلَيْهَا فَرْضُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ : كِفَايَةٍ ، وَقِيلَ : سُنَّةٌ . وَإِنَّمَا تَجِبُ أَوْ تُسَنُّ بِشَرْطِ أَنْ لاَ يَخُصَّ ٱلأَغْنِيَاءَ . . . .

ولو نكح أربعاً هل يولم لكل واحدة وليمة أو تكفيه عن الجميع واحدة أو يفصل بين العقد الواحد و العقود؟ فيه نظر .

وفي « رحلة ابن الصلاح » عن الفراوي فقيه الحرم : أن وليمة العرس ليلاً أصوب ؛ لأنها في مقابلة نعمة ليلية ، قال تعالىٰ : ﴿ فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَٱنتَشِرُواْ ﴾ وكان ذلك ليلاً .

قال : (**والإجابة إليها فرض عين**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٥١٧٣ـ م ١٤٢٩/٩٦] عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا دعي أحدكم إلىٰ وليمة عرس . . فليأتها » .

وفي « صحيح مسلم » [١٤٢٩/٩٨] : « إذا دعي أحدكم إلىٰ وليمة . . فليجب » .

ونقل ابن عبد البر وغيره فيه الإجماع .

قال : (**وقيل : كفاية**) ؛ لأن المقصود ظهور الحال ، وتمييز النكاح عن السفاح ، وذلك يحصل بحضور البعض .

قال : (**وقيل : سنة**) ؛ لأنه تمليك مال فلم يجب كغيره ، والخبر محمول علىٰ تأكد الاستحباب ، وهما بعيدان ؛ لما تقدم .

وموضع الخلاف إذا قلنا : لا تجب الوليمة ، فإن أوجبناها . . وجبت الإجابة جزماً ، والمذهب في سائر الولائم غير وليمة العرس : استحباب الإجابة ، وبالوجوب أجاب الشيخ أبو حامد والمحاملي ، وقال صاحب « البيان » : إنه الأظهر ، واختاره الشيخ ؛ لعموم الأحاديث الصحيحة ؛ ففي « صحيح مسلم » [١٤٢٩/٩٨] : « إذا دعا أحدكم أخاه فليجب » ، وفي « سنن أبي داوود » [٣٧٣١] : « عرساً كان أو غيره » .

قال : (**وإنما تجب أو تسن بشرط ألا يخص الأغنياء**) ؛ لما روىٰ مسلم مرفوعاً [١٤٣٢/١٠٧] : « شر الطعام طعام الوليمة ؛ يمنعها من يأتيها ، ويدعىٰ إليها من يأباها ، ومن لم يجب الدعوة . . فقد عصى الله ورسوله » .

فقوله : (يدعىٰ إليها) جملة حالية مقيدة بسببها ، ويخرج عن التخصيص بأن

وَأَنْ يَدْعُوَهُ فِي ٱلْيَوْمِ ٱلأَوَّلِ ، فَإِنْ أَوْلَمَ ثَلاَثَةً . . لَمْ تَجِبْ فِي ٱلثَّانِي ، وَتُكرَهُ فِي ٱلثَّالِثِ . . . .

يدعو جميع عشيرته أو جيرانه أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، فلو فرض أن أهل عشيرته كلهم أغنياء أو كان فقيهاً فدعا الفقهاء وكلهم أغنياء . . جاز[1] ، ولم يكن ذلك من التخصيص المكروه .

قال : (**وأن يدعوه في اليوم الأول**) ؛ لما روى الأربعة[2] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الوليمة في اليوم الأول حق ، وفي الثاني معروف ، وفي الثالث رياء وسمعة » .

قال الشيخ : يمكن أن يجعل قوله : (يدعوه) شرطاً ثانياً ، و(في اليوم الثالث) شرطاً ثالثاً ؛ لأن الرافعي قال : من الشروط أن يخصه بنفسه بالدعوة ، أو بأن يبعث إليه غيره ، فأما إذا فتح باب الدار ونادىٰ : ليحضر من يريد ، أو بعث رسوله ليحضر من شاء ، أو دعا إنساناً وقال له : أحضر معك من شئت فقال لغيره : احضر . . فلا تجب الإجابة ولا تستحب ؛ لأن الامتناع في هـٰذه الحالة لا يورث التأذي والوحشة .

فلو أولم في يوم مرتين ، فإن كان بسببين . . فلكل حكم ، وإن كان بسبب واحد . . فالظاهر : أن الثانية كاليوم الأول .

قال : (**فإن أولم ثلاثة . . لم تجب في الثاني**) بلا خلاف ، بل يستحب له أن يجيب ، وهو دون الاستحباب في اليوم الأول إن قلنا بندبه ؛ لوصف النبي صلى الله عليه وسلم الثاني بالمعروف .

قال الشيخ : وظاهر هـٰذا الكلام أنه سواء كان المدعو في اليوم الثاني هو المدعو في اليوم الأول أو غيره ، وليس في كلام أصحابنا تعرض لذلك .

وقال أصحاب مالك : لا بأس للموسر أن يولم سبعة أيام .

قال : (**وتكره في الثالث**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم وصفها فيه بالرياء والسمعة ، وهما منهي عنهما شرعاً ؛ قال صلى الله عليه وسلم : « من راءىٰ . .

---

(١) في هامش (ز) : (لأنه لم يخصهم من حيث إنهم أغنياء ، بل من حيث إنهم عشيرته) .
(٢) أبو داوود (٣٧٣٨) ، والترمذي (١٠٩٧) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٥٦١) .

وَأَنْ لاَ يُحْضِرَهُ لِخَوْفٍ أَوْ طَمَعٍ فِي جَاهِهِ . وَأَنْ لاَ يَكُونَ ثَمَّ مَنْ يَتَأَذَّىٰ بِهِ أَوْ لاَ تَلِيقُ بِهِ مُجَالَسَتُهُ . . . .

راءى الله به ، ومن سمع . . سمع الله به »[1] والذي قاله المصنف هو المعروف في « الشرحين » و« الروضة » و« المحرر » وغيرها ، لـٰكنه في « تصحيح التنبيه » أقر الشيخ علىٰ أنه خلاف الأولىٰ .

قال : (**وأن لا يحضره لخوف أو طمع في جاهه**) ؛ فإن ذلك ليس من صنيع المتقين ، وكذلك إذا كان يحضره ليعاونه علىٰ باطل أو ظلم ، وإنما يجب أو يستحب إذا كان للتقرب أو التودد المطلوب بين عموم الناس .

وقال في « الإحياء » : ينبغي أن يقصد بالإجابة الاقتداء بالسنة ؛ لتكون من أمور الآخرة ، ولا يقصد قضاء الشهوة فتكون من أمور الدنيا ، ويقصد إكرام أخيه بذلك وزيارته ؛ ليكون من المتحابين المتزاورين في الله[2] .

قال : (**وأن لا يكون ثم من يتأذىٰ به أو لا تليق به مجالسته**) ، فإن كان . . فيعذر في التخلف ، وأشار في « الوسيط » إلىٰ وجه فيه ، ومستند من لم يجعل ذلك عذراً عموم الحديث ، وليس من الأعذار شبعه ولا انقباضه ، ولا كون الداعي عدوه ، ولا أن يكون هناك عدو له ، ولا كثرة الزحام ، بل يحضر ، فإن وجد سعة وإلا . . عذر في الرجوع .

فروع :

إذا اعتذر المدعو إلىٰ صاحب الدعوة فرضي بتخلفه . . زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف[3] .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٤٩٩) ، ومسلم (٢٩٨٦) .

(٢) في هامش (ز) : (وأن لا يدعوه مَنْ أكثر ماله حرام ، فمن هو كذلك . . تكره إجابته ، فإن علم أن عين الطعام حرام . . حرمت ، وإلا . . فلا .
قال في « التتمة » : فإن لم يعلم حال الطعام وغلب الحلال . . لم تتأكد الإجابة ، أو الحرام أو الشبهة . . كرهت . اهـ
وفيما ذكره في الشبهة نظر ، ويشير الشارح إلىٰ شيء من ذلك) .

(٣) في هامش (ز) : (قال في « التوشيح » : كذا أطلقوه ، فهل هو علىٰ إطلاقه وإن اعتذر بما=

. . . .

ولو دعاه اثنان فصاعداً . . أجاب الأسبق ، فإن جاءا معاً . . أجاب الأقرب رحماً ، ثم الأقرب داراً كما في الصدقة .

روىٰ أحمد [٥/٤٠٨] وأبو داوود [٣٧٥٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا اجتمع داعيان . . فأجب أقربهما إليك باباً ، فإن أقربهما إليك باباً أقربهما إليك جواراً ، وإن سبق أحدهما . . فأجب الذي سبق » .

وأقل الوليمة للمتمكن شاة ، وبه يشعر قوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف : « أولم ولو بشاة » .

قال الجرجاني : وهي كشاة العقيقة في الأوصاف[١] ، فإن لم يتمكن . . اقتصر علىٰ ما قدر عليه كما أولم صلى الله عليه وسلم علىٰ صفية بسويق وتمر ، وكان في السفر كما تقدم .

ولا يتعين في الضيافة وغيرها من الولائم طعام ، بل الخيرة إلى المضيف والمولم ، وينبغي أن يعمل ما يليق بمنصبه وحاله .

وشرط المدعو : أن يكون بالغاً عاقلاً حراً مسلماً لا عذر له[٢] ، والعبد إذا أذن له سيده . . لزمته الإجابة ، والمكاتب إن أضر الحضور بكسبه . . لم يلزمه[٣] ، وإن لم

= ليس عذراً لَرضي الداعي ، أولا يجوز له الاعتذار إلابعذر شرعي؟ فيه نظر .

قلت : الصواب الأول ؛ لأن العذر الشرعي كافٍ في عدم الوجوب لا يحتاج معه إلىٰ رضا الداعي ، والمسقط هنا رضاه فقط ؛ لأن الحق له ، فلو غلب علىٰ ظنه أن الداعي لايتألم بانقطاعه . . ففيه تردد حكاه في « الذخائر ») .

(١) في هامش (ز) : (فإنه تستحب شاة سليمة من العيوب ، ينزع لحمها من العظم ولا يكسر ، ويفرق لحمها على الفقراء أو يطبخ منه ويطعم ، قال الإسنوي في « التنقيح » : ولم أر هـٰذه الأوصاف إلا له) .

(٢) في هامش (ز) : (ومنها : أن لايكون معذوراً بمرخص في ترك الجماعة ، ذكره الماوردي والروياني) .

(٣) في هامش (ز) : (عبارة العراقي في « النكت » : وكذا المكاتب ؛ يعني : يلزمه الحضور إن لم يضر حضوره بكسبه ، فإن ضر وأذن سيده . . فوجهان ، والمحجور كالرشيد) .

يضر . . لزمه ، والسفيه تلزمه الإجابة[1] .

قال : (**ولا منكر**) كشرب الخمر والملاهي ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر . . فلا يقعدن علىٰ مائدة يدار عليها الخمر » حسنه الترمذي [٢٨٠١] وصححه الحاكم [٤/٢٨٨] .

ودخل في إطلاق المصنف : إذا كان هناك من يضحك بالفحش والكذب ، وبه صرح في « الإحياء » ، وجعل في « شرح مسلم » من الأعذار أن يكون هناك آنية ذهب أو فضة ، وقيد صاحب « التعليقة » المسألة بالموضع الذي يجلسون فيه دون غيره من موضع آخر من الدار .

قال : (**فإن زال بحضوره . . فليحضر**) ؛ إجابة للدعوة وإزالة للمنكر ، فإن علم قبل حضوره أنه لا يزول بحضوره وهو لا يقدر علىٰ إزالته . . فالأصح : تحريم الحضور .

وقيل : إنه خلاف الأولىٰ ، كما لو كان يفعل المنكر إلىٰ جوار داره لا يلزمه الانتقال ولا سد أذنيه ، إنما ينكر بقلبه ، وعلىٰ هـٰذا جرىٰ بعض العراقيين ، قال المصنف : وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه ممن ذكره .

وإذا قلنا بالأصح فلم يعلم به حتىٰ حضر أو لم يوجد إلا وهو حاضر . . نهاهم ، فإن لم ينتهوا . . فليخرج ، وفي جواز القعود وجهان : أصحهما : التحريم ، فإن لم يمكنه الانصراف كما لو كان ليلاً وخشي علىٰ نفسه . . جاز القعود مع إنكاره بقلبه ولا يسمع ، فإن سمع من غير قصد . . لم يأثم .

وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في حله . . قال ابن كج والرافعي والمصنف : لم ينكره ؛ لأنه مجتهد فيه ، قال الشيخ : والصواب عندي أنه ينكره ؛ لضعف دليل

---

(١) في هامش (ز) : (فلو دعا الكافر مسلم . . لا تلزمه الإجابة جزماً كما قال الماوردي والروياني ، وعللاه بأنه لم يلتزم أحكامنا إلا عن تراضٍ ، فلو رضي ذميان بحكمنا . . أخبرناهما بإيجاب الإجابة ، وهل يجبر المدعو أم لا؟ فيه قولان ، ذكره الماوردي والروياني) .

إباحته ، ولذلك حده الشافعي رضي الله عنه[1] ، وأي إنكار أعظم من الحد؟!

هـٰذا إذا كان الحاضرون ممن يعتقد إباحته ، فإن كانوا يعتقدون تحريمه.. فكالمنكر المجمع علىٰ تحريمه .

قال : (**ومن المنكر : فرش حرير**)[2] ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ أن يجلس عليه ، رواه البخاري [٥٨٣٧] .

أما على القول بأن ذلك حرام على الرجال والنساء فظاهر ، ومن يقول : فراش الحرير جائز للنساء ، فإن كانت الدعوة لهن فليس ذلك بمنكر عنده في حقهن ، وإن كانت الدعوة للرجال فهو المنكر في حقهم ، ولا يكفي أن يحضر ولا يجلس عليه ؛ لأن فرشه هناك إعداد للاستعمال المحرم فيجب إنكاره .

قال الشيخ : وكان شيخنا ابن الرفعة أيام زينة المحمل لا يشق المدينة ولا ينظر إلىٰ زينتها ؛ لأنه كان يفتي بتحريم ذلك .

فإن قيل : سيأتي في (كتاب السير) : أنه إنما ينكر ما أجمع علىٰ تحريمه ، وفراش الحرير مختلف فيه ، فكيف جعلوه هنا منكراً؟ فالجواب : أنهم أرادوا هنا أنه منكر يمتنع معتقد تحريمه من الحضور لأجله ، ويكون عذراً في تخلفه ، وليس المراد أنه ينكره علىٰ غيره ، وعلىٰ هـٰذا يحمل إطلاق الأصحاب .

وخرج بـ(الفرش) ستر الجدر به ، وهو حرام على النوعين ، فلو حذف المصنف لفظ الافتراش.. كان أولىٰ ، ولو قال المصنف : (وفرش غير حلال) كما قاله الغزالي.. كان أولىٰ ؛ ليشمل فرش جلود النمور ؛ فإنه حرام كما صرح به الحليمي وابن المنذر وغيرهما ، وليشمل المغصوب والمسروق .

---

(١) في هامش (ز) : (عبارة العراقي في « النكت » : فإن كان هناك نبيذ مختلف فيه فشربه من يعتقد حرمته.. أنكر عليه في الأصح ، أو من يعتقد حله.. فالمنقول أنه لا ينكر ، واختار السبكي الإنكار ؛ لضعف دليله) .

(٢) في هامش (ز) : (المراد : الفرش ، وإلا.. فالفراش نفسه قد يكون مطوياً ولا إنكار فيه) .

وَصُوَرُ حَيوَانٍ عَلَىٰ سَقْفٍ أَوْ جِدَارٍ أَوْ وِسَادَةٍ أَوْ سِتْرٍ أَوْ ثَوْبٍ مَلْبُوسٍ ، . . . . . .

فرع :

ستر الجدران بغير الحرير من الثياب والأكسية ونحوها مكروه ؛ لما روىٰ مسلم [٢١٠٧] عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة واللبن » .

وفي « سنن البيهقي » [٧/ ٢٧٢] عن ابن عباس : « لا تستروا الجدران بالثياب » .

قال الشافعي : ولا أكره للمدعو في هٰذه الحالة أن يدخلها ، وقد كرهه بعضهم ؛ لما فيه من الخيلاء ، واقتصر عليه المصنف في « الروضة » في آخر (صلاة الخوف) ، وحكىٰ عن الشيخ نصر المقدسي التحريم .

قال : (**وصور حيوان علىٰ سقف أو جدار أو وسادة أو ستر أو ثوب ملبوس**) سواء كان الحيوان كبيراً أو صغيراً ، آدمياً أو غيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن البيت الذي فيه الصور والتماثيل لا تدخله الملائكة »[1] .

وقالت عائشة رضي الله عنها : قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر ، وقد سترت علىٰ صفة لي ستراً فيه الخيل ذوات الأجنحة ، فأمر بنزعها » متفق عليه [خ ٢١٠٥- م ٢١٠٧/ ٩٠] .

وفي رواية لمسلم [٢١٠٧/ ٩٦] : (قالت : فقطعنا منه وسادتين ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرتفق بهما) .

وعن أبي هريرة : أن جبريل عليه السلام أتى النبي صلى الله عليه وسلم فعرف صوته وهو خارج فقال : « ادخل » فقال : إن في البيت ستراً فيه تماثيل ، فاقطعوا رؤوسها واجعلوه بسطاً أو وسائد ، رواه أبو داوود [٤١٥٥] والترمذي [٢٨٠٦] والنسائي [٨/ ٢١٦] والبيهقي [٧/ ٢٧٠] واللفظ له ، وقال الترمذي : حسن صحيح .

وفيما علق عن الإمام الإشارة إلىٰ وجه في الستور والوسائد المنصوبة : أنه لا يرخص فيها ، والصحيح خلافه كما قاله المصنف .

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٥) ، ومسلم (٢١٠٦/ ٨٣) .

ومراد المصنف بـ(الوسادة) : المنصوبة ، وهي التي يتكأ عليها ، قال الرافعي : وفي معناها : الطبق والخوان والقصعة ، وقد صرح به في « الإحياء » ، وأما المخدة . . فيأتي حكمها .

قال في « الجواهر » : ولا فرق بين أن تكون الصور علىٰ ما استعمل لزينة أو انتفاع كستر باد أهنج[1] أو باب أو بشخانه[2] لوقاية حر أو برد عند الجمهور .

قال : (**ويجوز ما علىٰ أرض وبساط ومخدة**) ؛ لما تقدم في حديث أبي هريرة .

وفي « الصحيحين » [خ ٥٩٥٤ـ م٢١٠٧/٩٢] عن عائشة قالت : (قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت بقرام علىٰ سهوة لي فيه تماثيل ، فلما رآه . . هتكه ، قالت : فقطعناه فجعلنا منه وسائد) .

قال الشيخ : وهٰذا لا دليل فيه ؛ لجواز أنه لما قطع . . زالت كيفية الصور ، وحديث : « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة » يشمل ذلك[3] ، والمراد : ملائكة التبرك ، لا ملائكة قبض الروح والحفظة بالاتفاق .

قال : (**ومقطوع الرأس**) ؛ لأنه ليس علىٰ صورة حيوان ولا هي ذات روح ، والذي ورد النهي عنه هو التصوير ، ولا شك أنه حرام في ذلك كله .

وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام أو مكروه؟ فيه وجهان ، وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد[4] ، وبالكراهة قال صاحب « التقريب » والصيدلاني ،

---

(١) **باد أهنج** : كلمة فارسية ، معناها : الكوَّة أو النافذة .
(٢) **بشخانه** : كلمة فارسية ، معناها : الناموسية .
(٣) في هامش (ز) : (وهو علىٰ بعده من المذهب بعيد من الدليل ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام أقر عائشة رضي الله عنها علىٰ جعل الستر الذي فيه تصاوير مرفقتين ، وكان يرتفق عليهما مع إنكاره عليها تعليقه ستراً ، والحديث في « صحيح مسلم » وغيره ، لٰكن قوى النووي في « شرح مسلم » [٨٤/١٤] تحريم الصورة ولو في الفرش وقال : إن الأظهر امتناع الملائكة من دخول البيت الذي فيه صورة مطلقاً ، فللسبكي في ذلك سلف وإن كان الحق خلاف ما قال ؛ لما ذكرناه ، والله أعلم) .
(٤) في هامش (ز) : (وهو مفهوم من قول « المنهاج » : « إنه من المنكر » ، وبه صرح =

. . . .

ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » .

ولو كانت الصور في الممر دون موضع الجلوس.. فلا بأس بالدخول والجلوس[1] ، ولا تترك إجابة الدعوة بهٰذا السبب ، وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي علىٰ بابه الصور ، كذا قاله الأصحاب .

قال الشيخ : ولعل هٰذا محمول علىٰ من لا يقدر علىٰ إزالتها ، أما من يقدر علىٰ إزالتها.. فينبغي أن يجب عليه ذلك ، فإن تركه.. أثم بتركه ، وليس في كلام الأصحاب مخالفة لذلك ، ولا يلزم من ذلك تحريم الدخول كما قالوه ، وفي صورة حيوان لم يشاهد مثله كإنسان له جناح طائر وطائر له وجه إنسان وجهان :

أحدهما : قول القاضي أبي حامد : لا يحرم .

والثاني ـ وبه جزم المتولي ـ : المنع ، ولا فرق بين أن يكون للصورة بروز وظل أو لا ، وخصه بعضهم بما إذا كان له بروز ، وقال في « شرح مسلم » : أجمعوا علىٰ منع ما كان له ظل ، ووجوب تغييره ، وحيث قلنا : لا يحرم.. فهو مكروه .

وتستثنىٰ لُعَب البنات ؛ لما روىٰ مسلم [٢٤٤٠] عن عائشة رضي الله عنها : أنها كانت تلعب بهن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونقل القاضي عياض جوازه عن

= « الحاوي » ، وهٰذا الذي يقتضيه نظم « الوجيز » ، وحكاه في « البيان » عن عامة الأصحاب ، لٰكن في « الصغير » عن الأكثرين : أنهم مالو إلى الكراهة ، وكلامه في « الكبير » يفهمه ، وادعىٰ في « المهمات » أنه الصواب .

ويفهم من ذلك حكم الحضور فيما فيه فرش حرير ، وقد جزم الدميري بالتحريم في الفرش كما تقدم . فليعلم ذلك) .

(١) في هامش (ز) : (عبارة العراقي في « النكت » ـ بعد أن ذكر صورة الصور في الممر ـ : قال السبكي : ومحله فيمن لايقدر علىٰ إزالته ، وإلا.. فينبغي أن تلزمه إزالته .

قلت : الكلام في إجابة الدعوة ، ولا شك في أنه لا يمتنع منها ؛ فإن في طريقه محرماً ، وأما تغيير المنكر.. فمعروف في موضعه ، وليس الأصحاب في هٰذا الموضع بصدد بيان حكمه) .

العلماء ، وتابعه في « شرح مسلم » ؛ لأنه يقصد بها أن تألف البناتُ التربيةَ وتدبير المنزل .

ولما ولي الإصطخري حسبة بغداد . . أزال سوق المنكر ، وأبقىٰ سوق اللعب لذلك .

ويستثنىٰ ما إذا كان الإناء متخذاً علىٰ شكل صورة كما إذا كان رأس المجمرة علىٰ شكل طائر . . فهو حرام يجب كسر قدر الصورة منه .

ولا يجوز لبس الثياب التي عليها صورة حيوان للرجال ولا للنساء ، قاله الشيخ أبو محمد ، قال الرافعي : ولعله أولىٰ بالمنع من الصور التي على الستور المعلقة .

قال : (**وصور شجر**) ؛ لما روى البخاري [٢٢٢٥] ومسلم [٢١١٠/١٠٠] عن ابن عباس : أنه لما روىٰ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من صور صورة عذب ، وكلف أن ينفخ الروح فيها ، وليس بنافخ » . . أتاه رجل مصور فقال : ما أعرف صنعة غيرها ، قال ابن عباس : إن لم يكن بد . . فصور الأشجار .

وفي « شرح الجويني » وجه : أن صور الأشجار مكروهة ؛ لأن منهم من كان يعبد الأشجار أيضاً .

قال الأصحاب : ولا بأس بتصوير الشمس والقمر وكل ما لا روح فيه ، قال الشيخ : وعندي أن تصوير الشمس مكروه ؛ لأنها عبدت من دون الله .

قال : (**ويحرم تصوير حيوان**) ؛ لما في « الصحيحين » [خ ٢١٠٥ـ م ٢١٠٧/٩٦] وغيرهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أصحاب هـٰذه الصور يعذبون يوم القيامة ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم » .

وقال صلى الله عليه وسلم : « أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذين يشبهون بخلق الله » .

والأحاديث في تحريم التصوير كثيرة ، ولما في ذلك من مضاهاة خلق الله تعالىٰ ، وسواء عمل لها رأس أم لا ، خلافاً لأبي حنيفة ، ولا خلاف في تحريمه على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق فاعلها أجرة .

وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد ؛ لأنها قد لا تلبس ، ورجح الإمام والغزالي المنع ، واختاره الشيخ ، وصححه المصنف في « الروضة » .

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الأرض ونحوها ، وصحح المصنف التحريم على الأرض وغيرها ، قال الشيخ : وهو كما قال ، ولذلك أطلق في « المنهاج » ، وليس لمن قال بذلك دليل يعتمد .

فائدة :

سئل الشيخ عن الجلوس والمشي علىٰ بساط فيه أشكال حروف المعجم ، وربما انتظمت منها كلمات مفهومة المعنىٰ مثل : بركة وسعادة والعز الدائم ونحو ذلك . . فقال : يحرم المشي والجلوس عليها ؛ لأن هـٰذه الحروف ينتظم منها كلام رب العالمين ، وكلام سيد المرسلين صلى الله عليه وعليهم أجمعين ، وكلام الملائكة المقربين ، والأذكار المطلوبات ، والكلمات الواجبات والمندوبات ، وقد قال الفقهاء : الورقة التي فيها اسم الله تعالىٰ لا يجوز أن تجعل كاغداً لفضة ونحوها . اهـ

وفي « فتاوىٰ قاضي خان » : يكره الجلوس والمشي عليها وإن كانت أحرفاً متقطعة .

قال : (**ولا تسقط إجابة بصوم**)[1] ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا دعي أحدكم إلىٰ طعام . . فليجب ، فإن كان مفطراً . . فليطعم ، وإن كان صائماً . . فليصل » رواه مسلم [١٤٣١] من رواية أبي هريرة .

معنىٰ (يصلِ) : يدعُ ، وقيل : المراد : الصلاة الشرعية ، وفي رواية لابن السني [٤٨٩] : « فليدع لهم بالبركة » .

(١) في هامش (ز) : (واستثنىٰ منه الإمام البلقيني : ما إذا كانت الدعوة في نهار رمضان في أول النهار والمدعوون كلهم مكلفون صائمون ، قال : فلا تجب الإجابة ؛ إذ لا فائدة في ذلك إلا رؤية طعامه ، والقعود من أول النهار إلىٰ آخره مشق ، فإن أراد هـٰذا . . فليدعهم عند الغروب ، قال : وهـٰذا واضح) .

ويستحب أن يدعو بما رواه مسلم [٢٠٤٢] عن عبد الله بن بشر : أن أباه أضاف النبي صلى الله عليه وسلم فقال « اللهم ؛ اغفر لهم وارحمهم وبارك لهم فيما رزقتهم » .

ولا يكره أن يقول : إني صائم ، كما إذا شتمه إنسان فليقل : إني صائم ، حكاه القاضي أبو الطيب في « تعليقته » عن الأصحاب .

قال : (**فإن شق على الداعي صوم نفل . . فالفطر أفضل**)[١] ؛ جبراً لخاطر أخيه المسلم ، ويقضي يوماً مكانه ندباً ؛ لما روى الدارقطني [١٧٧/٢] والبيهقي [٢٢٦/٤] من رواية إبراهيم بن عبيد قال : صنع أبو سعيد الخدري طعاماً ، ودعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فقال رجل ممن حضر معه : إني صائم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تكلف أخوك المسلم وتقول : إني صائم ! ! أفطر واقض يوماً مكانه » .

فإذا لم يشق صومه . . فالأفضل إتمامه ، وأما الفرض . . فيحرم الفطر فيه بالاتفاق .

وأشعرت عبارة المصنف بأن المفطر يأكل ، والأصح : أنه لا يجب ؛ لما صح من قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن شاء . . أكل ، وإن شاء . . ترك »[٢] وقيل : يجب ، واختاره المصنف في « تصحيحه » .

وحكى الماوردي ثالثاً : أنه فرض كفاية ، وهو حسن .

وحيث وجب . . فتكفي لقمة واحدة ؛ لحصول ما ينطلق عليه الاسم ، صرح به البغوي والإمام وغيرهما ، ولمن حضر أن يأكل إلىٰ حد الشبع ، وتحرم الزيادة عليه ، فإن أكل أكثر من شبعه . . لم يضمن الزيادة .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « الكفاية » : إنه لا فرق بين أن يثقل على الداعي تركه أم لا .
وقال الخراسانيون : إن شق أو ألح عليه . . استحب ، وإلا . . فلا . اهـ
فخص التفصيل بالخراسانيين ، واقتضىٰ : أن الإلحاح عندهم كاف في ترجيح الفطر وإن ظهر عليه عدم المشقة بتركه) .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٣٠) ، وابن حبان (٥٣٠٣) ، وأبو داوود (٣٧٣٣) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٥٧٥) ، وابن ماجه (١٧٥١) .

. . . .

وبقي من الشروط : أن يدعوه مسلم ، فإن دعاه ذمي . . فهل هو كالمسلم أولا يجب قطعاً؟ طريقان : أصحهما : الثاني ، ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في إجابة دعوة المسلم ؛ لأنه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد .

وتكره مخالطة الذمي ومودته .

ومنها : أن لا يكون الداعي فاسقاً[1] ؛ لما روى البيهقي في « الشعب » [٥٨٠٣] عن عمران بن حصين : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن الإجابة لطعام الفاسقين) .

ومنها : أن لا يكون أكثر ماله حراماً ، فهـٰذا تكره إجابته كما تكره معاملته ، فإن علم أن عين الطعام حرام . . حرمت إجابته .

ومنها : أن يقصده بالدعوة كما تقدم .

وأن لا يكون المدعو تعين عليه حق كأداء شهادة أو صلاة جنازة .

وأن [لا] يخاف عند ذهابه ضياع مال أو تلفه .

وأن لا يكون المدعو قاضياً .

وأن لا يكون الداعي امرأة والمدعو رجلاً ، فلا يجيبها إذا أفضى الحال إلىٰ خلوة محرمة .

قال في زوائد « الروضة » : قال إبراهيم المروروذي : لو دعته أجنبية وليس لها هناك محرم له ولا لها ولم تخل به ، بل جلست في بيت وبعثت بالطعام مع خادم إليه إلىٰ بيت آخر في دارها . . لم يجبها مخافة الفتنة ، قال الشيخ : وهـٰذا هو الصواب ، إلا أن يكون الحال علىٰ خلاف ذلك كما كان سفيان الثوري وأضرابه يزورون رابعة العدوية ، ويسمعون كلامها ، وكان الشافعي يأتي إلى السيدة نفيسة ويسمع عليها

(١) في هامش (ز) : (قال الماوردي : يشترط أن يكون الداعي مكلفاً حراً رشيداً ، وإن أذن ولي المحجور . . لم تجب إجابته أيضاً ؛ لأنه مأمور بحفظ ماله ، ولو أذن سيد العبد . . فكالحر) .

وَيَأْكُلُ ٱلضَّيْفُ مِمَّا قُدِّمَ لَهُ بِلاَ لَفْظٍ ، وَلاَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ إِلاَّ بِٱلأَكْلِ ، . . . .

الحديث ، فإذا وجدت امرأة كرابعة ونفيسة ورجل كسفيان والشافعي . . لم يكره لهم ذلك[١] .

قال : (**ويأكل الضيف مما قدم له بلا لفظ**) اكتفاء بقرينة الحال ، وفي « سنن أبي داوود » : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول . . فذلك إذن له** » .

وفي وجه بعيد : لا بد من لفظ ، وفي وجه آخر : إن دعاه إلىٰ بيته . . لم يحتج إلىٰ لفظ ، وإلا . . وجب .

ومحل الأول إذا لم ينتظر غيره ، فإن كان ينتظره . . لم يأكل ما لم يحضر أو يأذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً .

وأفهمت عبارته : أنه ليس للأراذل الأكل مما قدم للأماثل من الأطعمة النفيسة المخصوصة بهم ، وبذلك صرح الشيخ عز الدين .

وأفاد قوله : (مما) أنه لا يأكل الجميع ، وبه صرح ابن الصباغ ، ولا بد من النظر في ذلك إلى العرف .

قال : (**ولا يتصرف فيه إلا بالأكل**) ؛ لأنه المأذون فيه عرفاً ، فلا يجوز أن يحمل معه شيئاً ، ولا أن يطعم هرة ولا سائلاً إلا بإذن ، لـٰكن يجوز أن يلقم بعض الضيفان بعضاً ما لم يفاوت بينهم في الأطعمة كما تقدم .

وهل يملك الضيف ما يأكله؟ وجهان ، قال القفال : لا[٢] ، بل هو إتلاف بإذن

---

(١) في هامش (ز) : (وأين مثل سفيان ورابعة؟! وكذلك أين مثل الشافعي ونفيسة؟! بل الضابط أن يكون الحضور إليها لأمر ديني مع أمن الفتنة .

وقال في « المهمات » : إن أراد المروروذي تحريم الإجابة . . فممنوع ، وإن أراد عدم الوجوب . . فلا حاجة لتقييده بعدم وجود محرم ؛ لأن هنا مانعاً آخر من الوجوب وهو عدم الأمن) اهـ بمعناه .

(٢) في هامش (ز) : (وصححه في « أصل الروضة » في « الأيمان » ، لـٰكن يحكىٰ عن الأكثرين هنا الملك) .

المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل ، واختاره ابن الصباغ ، وقال الإمام : إنه الأصح وظاهر المذهب .

وقال الجمهور : يملكه ، لـٰكن بم يملكه؟ فيه وجوه :

أحدها : بالوضع بين يديه ، وهو بعيد .

وثانيها : بأخذه بيده ، وكل لقمة حصلت في يده ملكها .

وثالثها : بوضعه في فيه ، وصححه القاضي .

ورابعها : بالمضغ .

وخامسها : بالازدراد يتبين حصول الملك قبله ، ورجحه المتولي[1] .

وسادسها : بهما ، وتظهر فائدة الأوجه في الرجوع .

قال : (**وله أخذ ما يعلم رضاه به**) ؛ لأن مدار الباب علىٰ طيب النفس ، فمتىٰ علم ذلك بالقرائن . . كفىٰ ، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال ، وبمقدار الأموال ، وحال المضيف والدعوة ، فإن تردد في وقوعه في حال المسامحة . . فوجهان : أظهرهما : أنه يحرم .

قال الغزالي : وإذا علم رضاه . . فينبغي مراعاة العدل والنصفة مع الرفقة ، فلا ينبغي أن يأخذ إلا ما يخصه أو ما يرضىٰ به رفيقه عن طوع لا عن حياء .

ولا يجوز التطفل ، وهو إتيان الإنسان طعاماً لم يدع إليه ، إلا إذا كان بينه وبين صاحب الدار انبساط وعلم أنه لا يكره ذلك ، فإن تبع المدعو غيره . . لم يمنعه ولم

---

(١) في هامش (ز) : (وقال في « الروضة » [٧/٣٣٩] و« أصلها » : وضعف المتولي ماسواه ، وذكر بعض شارحي « الحاوي » : أن مقتضاه ترجيح هـٰذا الوجه ؛ يعني : تبين الملك قبل الازدراد ، لـٰكن في « الشرح الصغير » : أن الذي رجح : الملكُ بالوضع بالفم ، ومقتضىٰ ما صححه النووي في أخذ الثمار : الملك بالأخذ .

قال في « المهمات » : ولا بد من استثناء العبد هنا على المعروف ، بل في جواز قبوله هـٰذه الإباحة بغير إذن السيد نظر .

قلت : لا شك في الجواز مع انتفاء الضرر والريبة) .

يأذن له ، بل يعلم به الداعي ، ويستحب له أن يدعوه إن لم يكن فيه ضرر ، وهٰذا التابع للضيف اسمه عند العرب : ضيفن .

وتحرم زلة الصوفية ، وهو حملهم ما أحضر لهم للأكل إلىٰ بيوتهم مع تناولهم قدر كفايتهم ، إلا أن يؤذن لهم في ذلك ، وإذا تكرر التطفل . . ردت به شهادته ؛ لأنه يأكل محرماً إذا كانت دعوة رجل بعينه فأما إن كان طعام سلطان أو رجل يتشبه بالسلطان فيدعو الناس . . فهٰذا مباح ولا بأس به .

ومن آداب الضيف : أن لا يخرج إلا برضا صاحب الدار وإذنه ، ويسن للمضيف أن يشيعه عند خروجه إلىٰ باب الدار ، وينبغي للضيف أن لا يجلس في مقابلة حجرة النساء وسترهن ، ولا يكثر النظر إلى الموضع الذي يخرج منه الطعام .

ويستحب أن يكون على المائدة البقل ، وإذا دخل الضيف . . عرفه صاحب المنزل القبلة وبيت الماء وموضع الوضوء .

ومن آداب الأكل : أن يغسل يديه قبله وبعده ، وغسل الإمام مالك يديه قبل الطعام قبل القوم ، وغسلهما بعده بعدهم وقال : هو أولىٰ ، ويقول في ابتدائه : باسم الله ، والأولىٰ أن يضم إليها : الرحمـٰن الرحيم ، وقال الغزالي : يقول مع اللقمة : الأولىٰ باسم الله ، ومع الثانية : باسم الله الرحمن ، ومع الثالثة : بسم الله الرحمن الرحيم .

ويستحب أن يسمي كل من الآكلين من كبير وصغير وطاهر وحائض وجنب ، فإن سمىٰ واحد منهم حصل أصل السنة ؛ لأنها سنة على الكفاية ، ويستحب الجهر بها ، فإن تركت في أوله . . استحبت في أثنائه فيقول : باسم الله أوله وآخره .

وأن ينوي بأكله وشربه التقوي علىٰ طاعة الله ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً فيقول : أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائمون ، وصلت عليكم الملائكة ، وذكركم الله فيمن عنده .

ويكره أن يأكل متكئاً ، وقيل : إنه ليس من عادة العرب ، وأن يأكل مما يلي أكيله ، وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه ، وأن يأكل قائماً ، ولا بأس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما .

ويستحب أن يأكل ويشرب باليمين إلا لعذر ، وأن يأكل بأصابعه الثلاث ، قال الغزالي : ويبدأ بالملح ويختم به ، ولا يكره الأكل على المائدة وإن كان بدعة .

ويكره أن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه ، ولا يكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد فيه علىٰ حالة السير ، كذا قاله الرافعي ، واختار المصنف أن الشرب قائماً خلاف الأولىٰ .

ويستحب أن يطيل مضغ اللقمة ، ولا يهوي بيده إلىٰ غيرها حتىٰ يبتلعها ، ولا يقطع اللحم ، ولا يوضع على الخبز إلا ما يؤكل به ، ولا ينفخ الطعام الحار ، ويأكل التمر وتراً ، ولا يجمع بين التمر والنوىٰ في طبق .

ويستحب أن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، ولا يمسح يده بالمنديل حتىٰ يلعق أصابعه أو يلعقها .

ويكره أن يفعل ما يستقذره غيره ، فلا ينفض يده في القصعة ، ولا يقدم إليها رأسه عند وضع اللقمة في فيه ، ولا يغمس اللقمة الدسمة في الخل ولا عكسه .

وينبغي التحدث على الطعام بما لا إثم فيه ، ويكره أن يذكر عليه شيئاً من المستقذرات ، وأن يبصق أو يتمخط في تلك الحالة إلا لضرورة .

ولا يكره غسل اليد بالأشنان والنخالة ونحوها ؛ ففي « سنن أبي داوود » [٣١٧] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر امرأة أن تجعل في الماء ملحاً ثم تغسل به الدم) .

والأَولىٰ أن لا يأكل الإنسان وحده ، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز علىٰ جلسائه بنوع إلا لحاجة كدواء ونحوه ، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام .

ويستحب الترحيب بالضيف ، وحمد الله تعالىٰ علىٰ حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه ، وفي « الصحيحين » [خ ٦٠١٨ـ م ٤٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر . . فليكرم ضيفه » .

وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكَّرٍ وَغَيْرِهِ فِي ٱلإِمْلاَكِ ، وَلاَ يُكْرَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَحِلُّ ٱلْتِقَاطُهُ ، . .

ويستحب أكل القثاء بالرطب ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله[1] ، واستدل به علىٰ جواز الجمع بين طعامين .

والشراب بثلاثة أنفاس يحصل له فيها عشر حسنات : تسمية الله تعالىٰ في الابتداء ثلاثاً ، وحمده سبحانه في الآخر ثلاثاً ، وإبانته القدح عن فيه مرتين ، وتنفيسه مرتين ؛ امتثالاً للأمر .

وإذا شرب . . تناوله الأيمن فالأيمن ، ويكون الساقي آخرهم شرباً .

قال : (**ويحل نثر سكر وغيره في الإملاك**) قال الماوردي : أجمع عليه الأصحاب في العرس والختان .

وفي « سنن البيهقي » [٧/ ٢٨٧] عن عائشة : (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج . . نثر تمراً) .

و(النثر) بالثاء المثلثة : مصدر نثر ينثر ، ومعناه : الرمي متفرقاً ، و(غير السكر) كالجوز واللوز ، والزبيب في معناه ، حكىٰ في « البحر » : أن أعرابياً تزوج فنثر الزبيب ثم أنشأ يقول [من الطويل] :

ولما رأيت السكر العام قد غلا ... وأيقنت أني لا محالة ناكح

نثرت علىٰ عرسي الزبيب لرفقتي ... وقلت : كلوا أكل الحلاوة صالح

وألحق المسعودي بذلك نثر الدراهم والدنانير ، وسكت عنه الأكثرون .

قال : (**ولا يكره في الأصح**) ؛ لأنه لم يرد فيه نهي مخصوص ، لٰكنه خلاف الأولىٰ بسبب أنه يورث العداوة والوحشة ، وربما أخذه من غيره أحب إلىٰ صاحب النثار .

والثاني : يكره للنهي عن أسباب التقاطع ، وهٰذا منصوص « الأم » ، وقال الصيمري : يستحب والالتقاط مكروه ، وهو مذهب بعيد ، ولم يقل أحد بتحريمه .

قال : (**ويحل التقاطه**) ؛ لأن مالكه إنما نثره لمن يأخذه .

---

(١) البخاري (٥٤٤٠) ، ومسلم (٢٠٤٣) .

وَتَرْكُهُ أَوْلَىٰ .

قال : (**وتركه أولىٰ**)[1] المراد : ترك المذكور من النثر والالتقاط ، إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم علىٰ بعض ولم يقدح الالتقاط في مروءته .

قال البيهقي : وليس في إباحتهما حديث صحيح ، والذي في « البخاري » [٢٤٧٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن النهبىٰ والمثلة) .

قال : وجميع ما ورد من الرخصة فيه ضعف نحو قول معاذ : أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر إملاك رجل من أصحابه ، فجيء بأطباق عليها فاكهة وسكر ـ وفي رواية : عليها جوز ولوز وتمر ـ فقال رسول صلى الله عليه وسلم : « انتهبوا » فقالوا : يا رسول الله ؛ إنك نهيت عن النهبىٰ! فقال : « إنما نهيتكم عن نهبى العساكر ، أما العرسان . . فلا ، خذوا على اسم الله » قال : فجاذبنا وجاذبناه[2] .

وممن كرهه مالك ، وممن لم يكرهه أبو حنيفة وابن المنذر ، وعن أحمد روايتان ، وقال ابن سيرين : أدركت قوماً صالحين إذا أتوا بالسكر وضعوه وكرهوا النثار .

وعلىٰ كل حال : من التقطه . . ملكه بالأخذ على الأصح ؛ اعتباراً بالعادة .

وقيل : لا ؛ لأنه لم يوجد لفظ تمليك ، فعلىٰ هـٰذا : للناثر الاسترجاع ، قال ابن كج : ما لم يخرج به من المنزل ، وعليه الغرم إن أتلفه .

ومن وقع في حجره شيء منه ، فإن بسطه لذلك . . لم يبطل حقه في الأصح ، فيمتنع علىٰ غيره أخذه ، وإن سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه أو قام فسقط . . بطل اختصاصه ، ومن لم يأخذه عادة ولا يرغب فيه . . لا اختصاص له به .

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا في « الروضة » و« أصلها » ، لـٰكن نص على أنه ـ يعني : « الالتقاط » ـ مكروه ، حكاه في زيادة « الروضة » في « الشهادات » بواسطة « الشامل » ولم يذكر هناك غيره ، ولما ذكر في « أصل الروضة » أنه خلاف الأولى . . استثنىٰ من ذلك ما إذا عرف أنه لا يؤثر بعضهم ثم جزم بكراهة أخذه من الهواء بالملاءة والأزر) .

(٢) أخرجه الطبراني في « الأوسط » (١١٨) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٦/ ٣٤٠) ، وانظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٢٠٠) .

. . . .

تتمة :

لم يتعرض الفقهاء لوقت وليمة العرس ، والصواب : أنها بعد الدخول ، قال الشيخ : وهي جائزة قبله وبعده ، ووقتها موسع من حين العقد كما صرح به البغوي ، والظاهر : أنها تنتهي بانتهاء مدة الزفاف للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً ، وبعد ذلك تكون قضاء .

وقد بوب البيهقي (باب وقت الوليمة) ، وأسند فيه عن أنس : (أن النبي صلى الله عليه وسلم بنىٰ بامرأة ، ثم أرسله فدعا رجالاً إلى الطعام) وظاهره : أنه بعد الدخول ، ورواه البخاري [٥١٧٠] في تفسير (سورة الأحزاب) عنه ، وصرح بأنه أولم علىٰ زينب صبيحة بنائه بها ، وفي « الصحيحين » [خ ٢٢٣٥ـ م ١٣٦٥/ ٨٤] : (أنه لما اصطفىٰ صفية لنفسه وبنىٰ بها . . صنع حيساً في نطع صغير ، ثم دعاهم فأكلوا) .

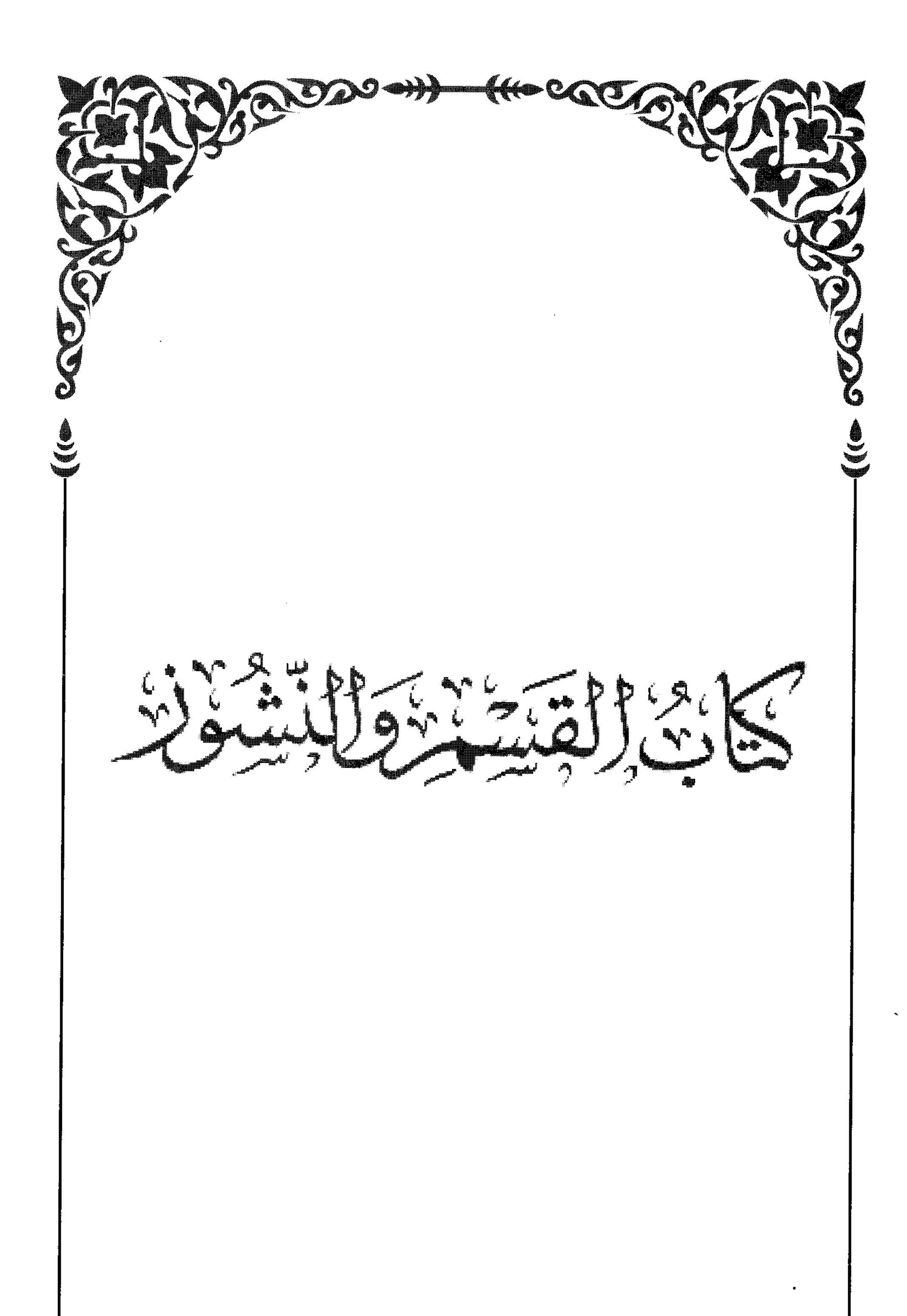
* * *

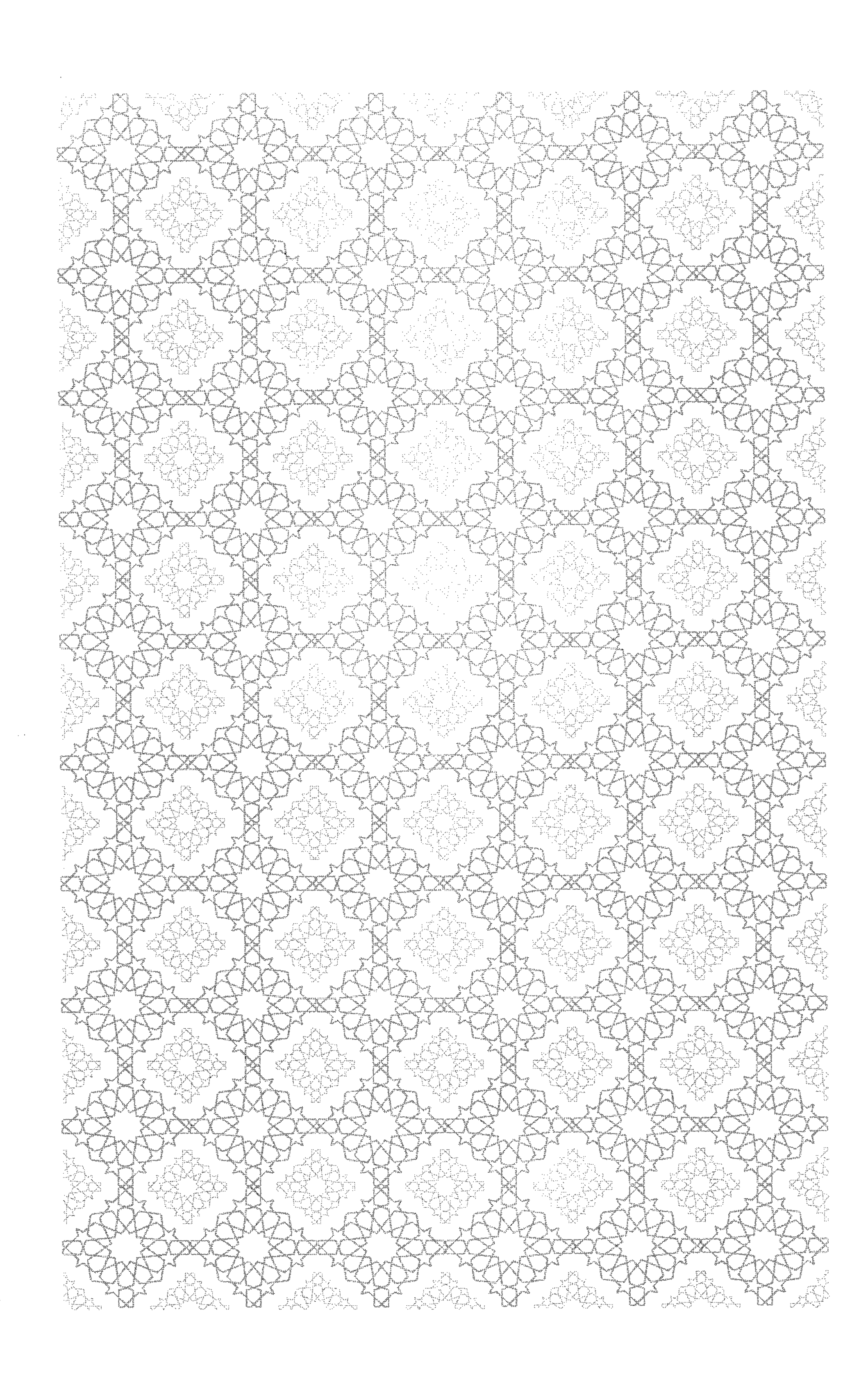
خاتمة

النقوط المعتاد في الأفراح . . قال الشيخ نجم الدين البالسي : إنه كالدين ، لدافعه أن يطالب به القابض ، قال : ولا أثر للعرف في ذلك ؛ فإنه مضطرب ، فكم يدفع النقوط ثم يستحي أن يطالب به .

* * *




كتاب القسم والنشوز



كِتَابُ ٱلْقَسْمِ وَٱلنُّشُوزِ

. . . .

كتاب القسم والنشوز

(القَسم) بفتح القاف وسكون السين : مصدر قسمت الشيء أقسمه قسماً ، والقِسم بالكسر : النصيب ، وبفتحها وفتح السين : اليمين .

و(النشوز) : الارتفاع عن أداء الحق ، من النشز وهو المكان المرتفع ، نشزت المرأة تنشز و تنشز نشوزاً : إذا استصعبت علىٰ بعلها وأبغضته ، ونشز بعلها : إذا أضرَّ بها وجفاها .

ولما كان النكاح مشتركاً بين الزوجين . . اقتضىٰ ثبوت حق لكل منهما على الآخر وإن تفاوتا فيه .

وحصر المصنف الترجمة في القسم الذي هو من جهة الزوج والنشوز الذي هو من جهة المرأة ، ولم يتعرض لعشرة النساء ، وهو مقصود الباب[1] ؛ لأن النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة كالطاعة والمعاشرة في السكن ، وحقوق الزوجة على الزوج كالمهر والنفقة والمعاشرة بالمعروف ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ، ومن المعاشرة بالمعروف القسم ، وفائدته العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض .

قال الشافعي رضي الله عنه : وجماع المعروف بين الزوجين : الكف عن المكروه ، وأن يوفي كل واحد حق صاحبه ببشر وطلاقة وجه من غير قطوب وعبوس ، وأن لا يمطل كل واحد منهما فيما عليه ، فأيهما مطل . . فمطل الغني ظلم .

والأفضل : أن يكون الحرص علىٰ أداء الحق أكثر من الحرص على استيفائه ؛ لأن

---

(١) في هامش (ز) : (أي : فلم يحتج لذكر عشرة النساء ؛ لأن المذكور تفصيل العشرة ، فذكر القسم الذي من جهته والنشوز الذي من جهتها ، وهما تفصيل المعاشرة) .

يَخْتَصُّ ٱلْقَسْمُ بِزَوْجَاتٍ . وَمَنْ بَاتَ عِنْدَ بَعْضِ نِسْوَتِهِ . . لَزِمَهُ عِنْدَ مَنْ بَقِيَ . . . .

المؤدي يقضي فرضاً ، والمستوفي مخير في استيفاء حقه .

والمشهور : أن القسم كان واجباً علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال الإصطخري : كان يقسم لهن تفضلاً .

قال : (**يختص القسم بزوجات**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا ﴾ أي : في القسم الواجب ﴿ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ أشعر ذلك بأنه لا يجب القسم في ملك اليمين ، ولو كانت له مستولدات أو إماء . . فلا قسم لهن ، بل هو من خصائص النكاح ، لـٰكن يستحب أن لا يعطلهن ، وأن يسوي بينهن ، وإن كان معهن نساء فلا قسم بينهن وبين النساء

وحكى القاضي أبو حامد وجهاً : أنه يلزمه القسم بينهن ، ويحرم إعراضه عنهن ، قال الرافعي : ويمكن أن يأتي مثله في الواحدة .

وأورد على المصنف : الرجعية ؛ فإنها زوجة ولا قسم لها ، وكذا الموطوءة بشبهة في زمن العدة ، والجواب : تعارض المانع والمقتضي .

قال : (**ومن بات عند بعض نسوته . . لزمه عند من بقي**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا كانت عند رجل امرأتان فلم يعدل بينهما . . جاء يوم القيامة وشقه مائل » وفي رواية : « ساقط » رواه الأربعة(١) عن أبي هريرة ، وصححه الحاكم [٢/١٨٦] وابن حبان [٤٢٠٧] .

فإذا سوىٰ في الظاهر . . لم يؤاخذ بزيادة ميل القلب إلىٰ بعضهن ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم لنسائه ويعدل ويقول : « اللهم ؛ هـٰذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » رواه الأربعة(٢) ، وصححه الحاكم [٢/١٨٧] من رواية عائشة ، ولعلها اختصت بسماعه لعلمها أنه صلى الله عليه وسلم كان يعينها أكثر من غيرها ، وكان صلى الله عليه وسلم أشد حياء ومكارم من أن يقول ذلك لغيرها من النساء .

ومراد المصنف : أن القسم لا يجب ابتداء ، بل الواجب التسوية بينهن ، وهـٰذا

---

(١) أبو داوود (٢١٢٦) ، والترمذي (١١٤١) ، والنسائي (٧/ ٦٣) ، وابن ماجه (١٩٦٩) .
(٢) أبو داوود (٢١٢٧) ، والترمذي (١١٤٠) ، والنسائي (٧/ ٦٣) ، وابن ماجه (٣٩٤٣) .

وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ أَوْ عَنِ ٱلْوَاحِدَةِ. . لَمْ يَأْثَمْ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لاَ يُعَطِّلَهُنَّ . وَتَسْتَحِقُّ ٱلْقَسْمَ مَرِيضَةٌ وَرَتْقَاءُ وَحَائِضٌ وَنُفَسَاءُ ، . . . .

معنىٰ وجوب القسم ؛ فإنه لا يجب ابتداء ويكتفىٰ بداعية الطبع عن إيجاب الشرع ، لـٰكن كلام المصنف يقتضي أن القسم إنما يجب إذا بات عند واحدة منهن ، وليس كذلك ، بل يجب عند إرادة ذلك .

ولا يجوز تخصيص واحدة بالبداءة بها إلا بقرعة على الأصح ، ومتىٰ كانت زوجتان. . كفت قرعة واحدة ، وفي ثلاث يحتاج إلىٰ قرعتين ، وفي أربع يحتاج إلىٰ ثلاث ، فإذا لم يفعل ذلك. . عصىٰ .

قال : (**ولو أعرض عنهن أو عن الواحدة. . لم يأثم**) ؛ لأن السكن والاستمتاع حقه كسكنى المستأجر الدار المستأجرة ، ولا حرج على الإنسان في أن لا يستوفي حقه ، وعن أبي حنيفة : أن عليه أن يبيت عندها في كل أسبوع أربع ليال .

قال : (**ويستحب أن لا يعطلهن**) ؛ خوفاً من حدوث مفسدة من ذلك ، بل يستحب أن يبيت عندهن ويحصنهن ، وأدنى الدرجة أن لا يخلي كل أربع ليال عن ليلة ، فأبو حنيفة يوجبه والشافعي يندبه .

ويستحب أن يسوي بينهن في سائر الاستمتاعات .

قال في « الجواهر » : والأولىٰ أن يناما في فراش واحد إذا لم يكن لأحدهما عذر في الانفراد ، لا سيما إذا عرف حرصها علىٰ ذلك . اهـ

وسيأتي في (النفقات) عند قول المصنف : (وكذا فراش للنوم) وعن الخطابي ما يخالف هـٰذا .

ويستحب لكل من الزوجين استعمال الطيب عند الغشيان ، لـٰكن يكون طيب الرجل خفي اللون .

قال : (**وتستحق القسم مريضة ورتقاء وحائض ونفساء**) وكذلك كل من كان بها عذر شرعي أو طبعي ؛ لأن هـٰذه المعاني إنما تمنع الوطء ، والمقصود من القسم الأنس والسكن والتحرز عن التخصيص الموحش .

وكذلك يقسم للمولىٰ عنها والمظاهر منها والمحرمة والمجنونة التي لا يخاف

منها[١] ، ويجب القسم على الصبي[٢] والمريض والمجنون والمحبوس في موضع يصلن إليه فيه ، فإن لم يكن ذلك . . سقط القسم عنه ، ومن له امرأتان ببلدين . . عليه أن يقسم لهما إما بأن يحضرهما إليه أو يمشي إليهما .

قال : (**لا ناشزة**) بأن خرجت من مسكنه بغير إذنه ، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته ، أو ادعت عليه الطلاق ، أو امتنعت عن التمكين . . فلا قسم لها كما لا نفقة ، وإذا عادت إلى الطاعة . . لم تستحق القضاء .

وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة إلا أنها لا تأثم .

وأشار بـ(الناشزة) إلىٰ من في معناها ممن لا تستحق النفقة كالأمة إذا سلمت للزوج ليلاً ، والحرة إذا سلمت في بعض الزمان دون بعض أو سافرت بإذنه في حاجتها ، والصغيرة ، والمعتدة عن وطء الشبهة ؛ إذ لا تجوز الخلوة بها[٣] ، قال في « الجواهر » : كذا جزموا به .

---

(١) في هامش (ز) : (أما المجنونة التي يخاف منها [ولم يظهر منها نشوز وهي مسلمة له . . فلا يجب لها قسم كما بحثه الزركشي]) .

(٢) في هامش (ز) : (أي : المراهن ، والمراد الوجوب على وليه بحيث لو جار . . كان الإثم علىٰ وليه دونه ، وأما الصغير الذي لا يتأتىٰ منه الوطء ولا يزوج للمعاشرة عادة . . فقال البلقيني : الظاهر من كلامهم أنه لايجب علىٰ وليه أن يطوف ، لعدم المقصود من القسم ، وكذلك المجنون : الوجوب إنما هو علىٰ وليه بأن يطوف به ، أو يدعوهن إلىٰ منزله ، أو يطوف به على البعض ويدعو البعض ، كذا في « الروضة » [٣٤٧/٧] ، فيحتمل أن يكون بشرطه المذكور في العاقل ، وأهمله هنا ؛ لسبقه ، ويحتمل اغتفار ذلك في المجنون ؛ لأنه لاينسب إلىٰ ميل ، والجنون عذر كما في قرب مسكن من مضىٰ إليها أو خوف عليها ، وهـٰذا أظهر ، والوجوب على الولي يختص بما إذا رأىٰ منه ميلاً إلى النساء ، أو قال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، وإلا . . فهو جائز) .

(٣) في هامش (ز) : (والمحبوسة كما ذكره الإمام البلقيني وقاسه على النفقة ، وقد ذكر النووي [في «الروضة» ٣٩١/٨] في « النفقات » : أنه لا نفقة لها ، وحكىٰ [في «الروضة» ١٤٠/٤] في « التفليس » عن « فتاوى ابن الصباغ » : أنه إن ثبت بالبينة . . لم تسقط ، وصورها في دين استدانته بغير إذن الزوج ، ثم اختار النووي سقوطها في صورتي البينة والإقرار) .

فَإِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِمَسْكَنٍ . . دَارَ عَلَيْهِنَّ فِي بُيُوتِهِنَّ ، وَإِنِ ٱنْفَرَدَ . . فَٱلْأَفْضَلُ ٱلْمُضِيُّ إِلَيْهِنَّ ، وَلَهُ دُعَاؤُهُنَّ ، وَٱلْأَصَحُّ : تَحْرِيمُ ذَهَابِهِ إِلَىٰ بَعْضٍ وَدُعَاءِ بَعْضٍ ، . . . .

وسيأتي في (العدد) وجه : أنه يجوز الاستمتاع بها من غير وطء ، ومقتضىٰ هٰذا : استحقاقها ؛ لأنهم ألحقوا استحقاق القسم باستحقاق النفقة ، وفي وجوب نفقتها على الزوج خلاف ، لٰكن تستثنىٰ صورتان منها :

المجنونة التي يخاف منها لا يجب القسم لها ، ونفقتها واجبة إذا لم يظهر منها نشوز ولا امتناع .

وإذا أراد السفر بجميع نسائه فتخلفت واحدة لمرض بها . . فإنه لا قسم لها وتستحق النفقة ، قاله الماوردي وغيره .

قال : (**فإن لم ينفرد بمسكن . . دار عليهن في بيوتهن ، وإن انفرد . . فالأفضل المضي إليهن**) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصيانة لهن عن الخروج .

قال : (**وله دعاؤهن**) وعليهن الإجابة ، ومن امتنعت منهن . . فهي ناشزة ؛ لمخالفة الأمر ، قال في « الحاوي » : إلا أن تكون ذات قدر وخفر[1] ولم تعتد البروز . . فإنه لا تلزمها إجابته وعليه أن يقسم لها في بيتها ، وفي « النهاية » إشارة إليه .

قال : (**والأصح : تحريم ذهابه إلىٰ بعض ودعاء بعض**) ؛ لحصول الوحشة بذلك ، قال الرافعي : فلو فعل ذلك بقرعة ليدعو من خرجت القرعة لها إلىٰ منزله . . وجب أن يجوز ، واستشكله الشيخ[2] .

والثاني : يجوز كما لو أراد أن يسافر ببعضهن ، وأجاب الأولون بأن المسافرة إنما تكون بقرعة .

---

(١) في هامش (ز) : (الخفر بالتحريك : شدة الحياء ، تقول منه : خفر بالكسر ، وجارية خفرة ومتخفرة ، والتخفير : التَّسوير « صحاح ») .

(٢) في هامش (ز) : (وفرق بينه وبين السفر بأن السفر عذر ، فإن كان هناك عذر أيضاً . . فذاك .

قال ابن النقيب : وما قاله الرافعي بحثاً منقول عن النص ، ورأى الإمام القطع به وقال : هٰذا التفاوت يحتمل ؛ لأن تفاوت المناصب والأقدار قد يقتضي هٰذا) .

إِلاَّ لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَىٰ إِلَيْهَا أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهَا . وَيَحْرُمُ أَنْ يُقِيمَ بِمَسْكَنٍ وَاحِدَةٍ وَيَدْعُوَهُنَّ إِلَيْهِ ، وَأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا . . . . . .

قال : (**إلا لغرض كقرب مسكن من مضىٰ إليها أو خوف عليها**) ؛ لأن ذلك قرينة تصرف عنه الميل إليها والأذىٰ عرفاً ، ويستثنىٰ أيضاً إذا كانت التي يدعوها عجوزاً والتي يمضي إليها شابة ، وكذا إذا حصل التراضي بذلك .

قال : (**ويحرم أن يقيم بمسكن واحدة ويدعوهن إليه**) ؛ لما في ذلك من التخصيص ، وعلىٰ هـٰذا : لا تلزمهن الإجابة ، فإن أجبن . . قال ابن داوود : فلصاحبة المنزل المنع وإن كان ملكه ؛ لأن حق السكنىٰ لها .

قال : (**وأن يجمع بين ضرتين في مسكن إلا برضاهما**) .

شرع المصنف يتكلم في مكان القسم وزمانه وقدره ، فأما مكانه . . فلا يجمع بين ضرتين فأكثر في مسكن إلا برضاهما ولو ليلة ؛ لأن ذلك ليس من المعاشرة بالمعروف ، فإن رضيتا بذلك . . جاز ، لـٰكن يكره أن يطأ إحداهما بحضرة الأخرىٰ ؛ فإنه بعيد عن المروءة ، ولو طلب . . لم تلزمها الإجابة ، ولا تصير بالامتناع ناشزاً ، ثم إذا رجعتا عن الرضا . . كان لهما ذلك ، نص عليه ، وذلك لأن اجتماعهما في مسكن واحد يولد الوحشة بينهما .

وقوله : (إلا برضاهما) عائد إلى المسألة والتي قبلها ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استأذن أزواجه أن يمرض في بيت عائشة فأذن له[1] ، وفي الحديث شاهد لأن المريض لا يسقط عنه القسم ، وكذلك من كان في معناه ممن له عذر كما تقدم .

وقال الماوردي والروياني : يحرم أن يجمع بين زوجة وسرية في مسكن واحد ، واحتجا له بأن حفصة أنكرت من رسول الله صلى الله عليه وسلم خلوته بمارية القبطية في بيتها فاعتذر إليها .

وأما الجمع بين الإماء في مسكن . . فجائز بلا خلاف .

---

(١) البخاري (١٩٨) ، ومسلم (٤١٨/ ٩١) .

وَلَهُ أَنْ يُرَتِّبَ ٱلْقَسْمَ عَلَىٰ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا . وَٱلأَصْلُ ٱللَّيْلُ ، وَٱلنَّهَارُ تَبَعٌ ، فَإِنْ عَمِلَ لَيْلاً وَسَكَنَ نَهَاراً كَحَارِسٍ . . فَعَكْسُهُ . وَلَيْسَ لِلأَوَّلِ دُخُولٌ فِي نَوْبَةٍ عَلَىٰ أُخْرَىٰ لَيْلاً إِلاَّ لِضَرُورَةٍ كَمَرَضِهَا ٱلْمَخُوفِ ، . . . .

قال : (**وله أن يرتب القسم علىٰ ليلة ويوم قبلها أو بعدها**) أشار بهـٰذا إلىٰ زمان القسم ، فله أن يرتبه على الليلة واليوم الذي يليها وهو أولىٰ ؛ لأن أول الأشهر الليالي ، ويجوز أن يعكس ذلك ، والخبر يدل له ، ولا يجب الدخول عند صاحبة النوبة من الغروب ، بل المرجع فيه إلى العرف الغالب .

قال : (**والأصل الليل**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ﴾ ، وقال : ﴿ وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا﴾ ، وقال : ﴿ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا﴾ ، ولأن الليل غالباً محل الاستمتاع ، ولذلك إذا زوج السيد أمته . . لزمه أن يسلمها للزوج ليلاً .

قال : (**والنهار تبع**) ؛ فإنه وقت التردد والانتشار في الحوائج .

قال : (**فإن عمل ليلاً وسكن نهاراً كحارس . . فعكسه**) فيكون عماد القسم في حقه النهار ؛ لأن نهاره كليل غيره .

كل هـٰذا في المقيم ، أما المسافر الذي معه الزوجات . . فعماد القسم في حقه وقت النزول ليلاً كان أو نهاراً ، قليلاً كان أو كثيراً ؛ لأن الخلوة حينئذ تتأتىٰ ، فلو أراد أن يبدل الأصل بالتابع لكونه تارة يعمل نهاراً ويستريح ليلاً وتارة عكسه . . فالأصح : المنع ؛ لتفاوت الغرضين .

قال : (**وليس للأول**) وهو الذي عماد القسم في حقه الليل (**دخول في نوبة علىٰ أخرىٰ ليلاً**) ؛ لأن في فعل ذلك إبطالاً لحق صاحبة اليوم .

أما الثاني ـ وهو الذي عماد القسم في حقه النهار ـ فيجوز له أن يدخل ليلاً إلىٰ غير صاحبة النوبة لوضع متاع ونحوه .

قال : (**إلا لضرورة كمرضها المخوف**) ولو كان مظنوناً على الأصح[1] ، وكذا إن

---

(١) في هامش (ز) : (أي : يحتمل كونه مخوفاً فيدخل ليدبر الحال) .

وَحِينَئِذٍ : إِنْ طَالَ مُكْثُهُ . . قَضَىٰ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَلَهُ ٱلدُّخُولُ نَهَاراً لِوَضْعِ مَتَاعٍ وَنَحْوِهِ ، . . . .

كانت منزولاً بها من باب أولىٰ ، وكذلك الحريق وشدة الطلق .

قال : (**وحينئذ : إن طال مكثه . . قضىٰ**) أي : من نوبتها مثله ؛ لأن حق الآدمي لا يسقط بالعذر ، وضبط القاضي المكث بثلث الليل ، وزيفه الإمام وضبطه بما لو نسب إلى الليلة . . كان جزأها ، والأشبه : الرجوع فيه إلى العرف .

قال : (**وإلا . . فلا**) ؛ لأنه لا فائدة لصاحبة القسم في دخوله الزمان اليسير ، هـٰذا إذا لم يجامع ، فإن جامع . . فقيل : يقضي ليلة كاملة ؛ لأنه أفسد عليها ليلتها فلا تحسب عليها .

وقيل : يدخل في نوبة المجامعة فيجامع .

والأصح : أنه يقضي قدر زمن الجماع لا نفس الجماع ، فعلىٰ هـٰذا : إن فرض الجماع في لحظة يسيرة . . فلا قضاء[1] .

ولو فارق المظلومة بطلاق أو غيره . . فقد تعذر القضاء وبقيت الظلامة في ذمته ، ونقل الرافعي عن المتولي أنه إذا قسم لواحدة فلما جاءت نوبة الأخرىٰ طلقها قبل توفيته حقها . . عصىٰ ؛ لأنه منعها حقها ، وهـٰذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً ، قال المصنف : والنقل ليس مختصاً بالمتولي ، بل مشهور حتىٰ في « التنبيه » .

قال : (**وله الدخول نهاراً لوضع متاع ونحوه**) ؛ لقول عائشة : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعاً ، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتىٰ يبلغ إلى التي هي يومها فيبيت عندها) رواه أبو داوود والحاكم وقال : صحيح الإسناد .

وحكى الغزالي وجهاً : أن النهار كالليل لا يدخل فيه إلا لضرورة ، وأفهم كلام المصنف أن الدخول لضرورة أولىٰ بالجواز .

---

(١) في هامش (ز) : (لأنه إنما نقص من مؤنة التي ظلم بسببها ، وكذلك الحكم لو لم يكن ، كما لو أقام للضرورة وطال ، أو بات لتمريضها عند فقد ممرض .

قال في « الكفاية » : ويتجه القضاء لها فيما إذا طلقها من غير سؤالها ، أما إذا كان به . . فيتجه أن لا يحكم بالإثم كما قيل به في الطلاق في زمن الحيض علىٰ رأي) .

وَيَنْبَغِي أَنْ لاَيَطُولَ مُكْثُهُ ـ وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يَقْضِي إِذَا دَخَلَ لِحَاجَةٍ ، وَأَنَّ لَهُ مَا سِوَىٰ وَطْءٍ مِنِ ٱسْتِمْتَاعٍ ، وَأَنَّهُ يَقْضِي إِذَا دَخَلَ بِلاَ سَبَبٍ ـ وَلاَ تَجِبُ تَسْوِيَةٌ فِي ٱلإِقَامَةِ نَهَاراً . وَأَقَلُّ نُوَبِ ٱلْقَسْمِ لَيْلَةٌ . . . .

قال : (**وينبغي أن لا يطول مكثه**) ؛ لأنه زائد علىٰ قدر الحاجة ، وكذلك لا يعتاد الدخول علىٰ واحدة في نوبة غيرها ، قال ابن الرفعة : ومقتضىٰ هـٰذا أنه لا يأثم بذلك إذا فعله ولا قضاء عليه بسببه ، وفي « المهذب »[1] : أنه يجب عليه القضاء إذا طال ؛ لأنه يزيل الإيواء المقصود ، ونص عليه في « الأم » .

قال : (**والصحيح : أنه لا يقضي إذا دخل لحاجة**) ؛ لأن في ذلك مشقة .

والثاني : أن النهار كالليل ، فيقضي إذا طال .

قال : (**وأن له ما سوىٰ وطء من استمتاع**) ؛ لحديث عائشة المتقدم ، ويحمل المسيس فيه على الجماع .

والثاني : لا يجوز ذلك ؛ لأنه يحصل به السكن فأشبه الوطء ، ولأنه يدعو إليه ، ثم هل يتصف الوطء في النوبة بالتحريم؟ قال الإمام : اللائق بالتحقيق القطع بالإباحة ، وصرف التحريم إلىٰ إيقاع المعصية لا إلىٰ ما وقعت المعصية بسببه ، والمراد : أن تحريم الوطء ليس لعينه ، بل لأمر خارج .

قال : (**وأنه يقضي إذا دخل بلا سبب**) ؛ لتعديه ، وهـٰذا يقتضي الوجوب وإن قل ، لـٰكن سبق في الليل أنه لا يقضي ما تعدىٰ فيه بزمن يسير ، فهـٰذا أولىٰ .

والوجه الثاني : لا حجر بالنهار ، حتىٰ لا يقضي مطلقاً ؛ لأن النهار تابع .

قال : (**ولا تجب تسوية في الإقامة نهاراً**) ؛ لأنه وقت التردد والانتشار ، فقد يقل في يوم ويكثر في آخر ، والضبط فيه عسر ، بخلاف الليل ، هـٰذا فيمن عماد القسم في حقه الليل ، وغيره بعكسه .

قال : (**وأقل نوب القسم ليلة**) أشار بهـٰذا إلىٰ مقدار القسم ، وأقله ليلة ، وليست في « المحرر » ، فلا يجوز تبعيضها على الأصح ؛ لأنه ينغص العيش ويبطل

---

(١) في هامش (ز) : (محله بعده ، فيكون مقيداً لما قاله المصنف : « والصحيح . . . إلخ ») .

وَهُوَ أَفْضَلُ ، وَيَجُوزُ ثَلاَثاً ، وَلاَ زِيَادَةَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

الاستئناس ، ولأن أجزاء الليل يعسر ضبطها .

والثاني ـ حكاه ابن كج ـ : أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً ؛ لأن العدل حاصل بذلك .

وحكى الإمام وجهاً ثالثاً : أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفاً ، ولا يجوز لكل واحدة بعض ليلة ؛ لحصول الأنس إذا انضم البعض إلى الليلة الكاملة ، بخلاف ما إذا كان وحده .

والظاهر : أن الخلاف عند فقد التراضي ، فإن رضوا . . جاز قطعاً ، وعليه يحمل طوافه صلى الله عليه وسلم علىٰ نسائه في ليلة واحدة ، وإلا . . فهو مشكل علىٰ ما رجحوه ، إلا إذا قلنا : إن القسم لم يكن عليه صلى الله عليه وسلم واجباً ، وقد يكون القسم أقل من ليلة ، وذلك في المسافر ؛ فإن المعتبر فيه أوقات النزول كما تقدم .

قال : (**وهو أفضل**) ؛ اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وليقترب عهده بهن كلهن ، ولذلك قال ابن المنذر : لايجوز سواه .

قال : (**ويجوز ثلاثاً**) نص عليه ؛ لأنها مدة قريبة ، وإذا جاز في الثلاث . . ففيما دونها أولىٰ ، سواء ارتضين بذلك أم لا .

وفي وجه عن الشيخ أبي إسحاق : لا تجوز الزيادة علىٰ ليلة إلا برضاهن .

قال : (**ولا زيادة على المذهب**) وهو نصه في « الأم » ؛ لأن في ذلك إيحاشاً وهجراً للباقيات ، وعن « الإملاء » : أنه يقسم مياومة ومشاهرة ومسانهة ، فحملوه علىٰ ما إذا رضين به ؛ فإن الحق لهن ، ولم يجعلوه قولاً ، ومنهم من أثبت في جواز الزيادة قولين أو وجهين .

وإذا قلنا بالجواز . . فإلىٰ كم؟ عن صاحب « التقريب » : لا تجوز الزيادة علىٰ سبعة ؛ لأنها مدة مستحقة في زفاف البكر ، وعن الشيخ أبي محمد وغيره : ما لم يبلغ أربعة أشهر مدة تربص المولي ، وقيل : لا تقدير ، بل هو إلى اختياره ، حكاه الغزالي ، قال الإمام : ولا يجوز علىٰ هـٰذا إلىٰ خمس سنين .

وَٱلصَّحِيحُ : وُجُوبُ قُرْعَةٍ لِلِابْتِدَاءِ ، وَقِيلَ : يَتَخَيَّرُ . ولاَ يُفَضِّلُ فِي قَدْرِ نَوْبَةٍ ، لَـٰكِنْ لِحُرَّةٍ مِثْلاَ أَمَةٍ ، ....

قال : (**والصحيح : وجوب قرعة للابتداء**) ؛ تحرزاً من الترجيح بلا مرجح .

قال : (**وقيل : يتخير**) ؛ لأنه يجوز له الإعراض عنهن جميعاً ، هـٰذا إذا لم يرضين ، فإن رضين من غير قرعة . . جاز .

قال : (**ولا يفضل في قدر نوبة**) ؛ لأن القسم شرع للعدل وترك الجور ، فلا تفضل امرأة على امرأة فيه وإن فضلت بخصال شريفة كإسلام ونسب وعلم ودين ، فيسوىٰ بين المسلمة والكتابية والشريفة وغيرها ، والصالحة والطالحة ، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين أشار إليهما المصنف :

أحدهما : الحرية .

والثاني : تجدد النكاح .

قال : (**لـٰكن لحرة مثلا أمة**) ؛ لقول سلمان بن يسار : من السنة إذا تزوج الحرة على الأمة . . قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة . رواه الدارقطني عن علي ، ولا يعرف له مخالف ، وبه قال أبو حنيفة .

وعن مالك : أنه يسوي بينهما .

وعبارة المصنف تقتضي جواز أن يجعل لها ليلتين وللحرة أربعاً ، وليس كذلك ، بل الشرط ليلة لها وللحرة ليلتان ، ولا تجوز الزيادة علىٰ ذلك ؛ لئلا يزاد القسم علىٰ ثلاث أو ينقص عن الليلة وهما ممتنعان ، وكأن المصنف استغنىٰ عنه بما تقدم ، كل هـٰذا إذا استحقت الأمة النفقة كما تقدم .

واجتماع الحرة والأمة في نكاح يتصور في العبد ، وفي الحر إذا تزوج الأمة بشرطه ثم أيسر وتزوج حرة ، وفي اللقيطة إذا أقرت بالرق بعد تزويجها ، وفيمن تحته حرة لا تصلح للاستمتاع وجوزنا له نكاح الأمة .

وصرح في « المطلب » بأن المبعضة والمكاتبة والمدبرة كالقنة ، ولو لم تعلم الأمة بالعتق حتىٰ مرت عليها أدوار وهو يقسم لها قسم الإماء . . قال الماوردي : يسوي من حين العلم ، ولا يقضي لها ما مضىٰ ، وقال ابن الرفعة : القياس أن يقضي لها .

وَتَخْتَصُّ بِكْرٌ جَدِيدَةٌ عِنْدَ زِفَافٍ بِسَبْعٍ بِلاَ قَضَاءٍ ، وَثَيِّبٌ بِثَلاَثٍ ، . . . .

قال : (**وتخص بكر جديدة عند زفاف بسبع بلا قضاء ، وثيب بثلاث**) هـٰذا هو السبب الثاني من سببي التفضيل ، وهو تجدد النكاح ، فيقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف لما في « الصحيحين » [خ ٥٢١٣ـ م ١٤٦١/٤٤] عن أنس قال : (السنة إذا تزوج البكر على الثيب . . أقام عندها سبعاً ، وإذا تزوج الثيب على البكر . . أقام عندها ثلاثاً) .

قال أنس : ولو شئت أن أرفعه إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم . . لرفعته ، وهو في « التتمة » مرفوع ، وكذا رواه الدارقطني [٣/٢٨٣] والبيهقي [٧/٣٠٢] وابن حبان [٤٢٠٨] ، ولأن المقصود منه أن ترتفع الوحشة وتحصل الألفة والأُنس .

وخصت البكر بزيادة ؛ لأن حياءها أكثر ، والثلاث مدة مغتفرة في الشرع ، والسبع لأنها أيام الدنيا وما زاد عليها يتكرر ، وهـٰذا التخصيص واجب على الزوج ، وحكى الحناطي في وجوبه قولين ، والمذهب الأول ؛ حتىٰ قال المتولي : لو خرج في بعض تلك الليالي بعذر أو أخرج . . قضىٰ عند التمكن .

وتجب الموالاة بين السبع والثلاث ؛ لأن الحشمة لا تزول بالمفرق ، فلو فرق[1] . . ففي الاحتساب به وجهان ، وظاهر كلام الجمهور : المنع ، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زناً أو وطء شبهة ، ولو حصلت بمرض أو وثبة . . فعلى الوجهين في استئذانها نطقاً في النكاح .

والأمة في ذلك كالحرة على الصحيح في استحقاق السبع والثلاث ؛ لأن مقصوده ارتفاع الحشمة وحصول المباسطة ، ولا تختلف بالرق والحرية .

والثاني ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ : أنها تستحق نصف ما تستحقه الحرة كالقسم في دوام النكاح ، وعلىٰ هـٰذا : ففي كيفية التشطير وجهان :

أحدهما : يكمل المنكسر ، فتثبت للبكر أربع وللثيب ليلتان .

---

(١) في هامش (ز) : (عبارة العراقي : فلو فرقها ليلة عندها ، وليلة في نحو مسجد وهـٰكذا . . لم تحسب في الأصح ، فيوفيها حقها متوالياً ، ثم يقضي مافرق للباقيات) .

وَيُسَنُّ تَخْيِيرُهَا بَيْنَ ثَلَاثٍ بِلاَ قَضَاءٍ ، وَسَبْعٍ بِقَضَاءٍ . . . .

وأشبههما : أن للبكر ثلاث ليال ونصفاً وللثيب ليلة ونصفاً ، والاعتبار بحالة الزفاف ، فلو نكحها وهي أمة وزفت إليه وهي حرة . . فلها حق الحرائر ، وإن عتقت بعد الزفاف . . فلها حق الإماء .

قال : (**ويسن تخييرها**) يعني : الثيب (**بين ثلاث بلا قضاء ، وسبع بقضاء**) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فإنه قال لها : « ليس بك هوان علىٰ أهلك ، إن شئت . . سبعت لك وسبعت لنسائي ، وإن شئت . . ثلثت لك ودرت » رواه الشافعي [١/ ٢٦٠] وغيره .

فإن اختارت السبع وأجابها . . قضى السبع للباقيات ، وإن أقام بغير اختيارها . . لم يقض إلا الأربع الزائدة على المذهب .

ولو التمست أربعاً أو خمساً أو ستاً . . لم يقض إلا ما زاد على الثلاث ، ولو التمست البكر عشراً . . لم تجب إجابتها ، فإن أجابها . . لم يقض إلا مازاد على السبع .

ولو وفىٰ حق جديدة ثم طلقها رجعياً ثم راجعها . . فليس لها حق الزفاف ؛ لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفىٰ حقه ، وإن أبانها ثم جدد نكاحها . . فقولان أو وجهان : أظهرهما : تجدد الحق .

فروع :

الأول : نص في « الأم » علىٰ أن حق الزفاف لا فرق فيه بين أن تكون له زوجة أخرىٰ أم لا ؛ لعموم الأحاديث ، وقال في « شرح مسلم » : إنه المختار الأقوىٰ ، ونقله ابن عبد البر عن جمهور العلماء ، وقال البغوي : إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرىٰ ، فإن لم تكن أو كانت وكان لا يبيت عندها . . لم يثبت حق زفاف الجديدة[1] ،

---

(١) في هامش (ز) : (وهـٰذا هو ظاهر كلامهم وتصويرهم وتفريعهم ، وصرح به البغوي ، ونقله عنه الشيخان وأقراه ، لـٰكنهما صححا أنه لو نكح جديدتين ولم يكن في نكاحه غيرهما . . وجب لهما حق الزفاف ، سواء زفتا معاً أو على الترتيب . =

وَمَنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَنَاشِزَةٌ ، . . . .

والمعتمد المفتىٰ به : الأول .

الثاني : قال في « المختصر » : لا ينبغي أن يتخلف بسبب الزفاف عن الجماعات وعيادة المرضىٰ وتشييع الجنازة وإجابة الدعوات وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها ، هـٰذا في النهار ، وأما في الليل . . فلا يخرج ؛ لأن هـٰذه مندوبات والمقام عندها واجب .

قال في « البحر » : قصد الشافعي بما ذكره الرد علىٰ أهل مكة ؛ فإنهم لا يخرجون في أسبوع الزفاف البتة لجماعة ولا غيرها ، ويعيرون من يخرج لها ، ويتعير أهل المرأة به ، فخاف الشافعي أن يظن ظان أن ذلك سنة مشروعة فبين أنه ليس كذلك ، بل هو عادة ، والمستحب أن لا يتخلف عن شيء من الطاعات .

والثالث : قال الماوردي : إذا كانت له عادة في تلك الأيام بالتطوع بالصوم . . فالأولىٰ أن يفطر ؛ لأنها أيام بعال كما قال عليه الصلاة و السلام في أيام التشريق .

الرابع : قال في « الأم » : لو كان له أربع نسوة فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة . . قسم لها عشراً ، قال الأصحاب : صورته : أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً ويعطل العشر الرابعة فلا يبيت عند واحدة فيها ، أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية فحصة كل واحدة ثلاث عشرة وثلث . . فيقسم للرابعة مثل ذلك .

قال : (**ومن سافرت وحدها بغير إذنه . . فناشزة**) فلا قسم لها سواء كانت لحاجته أو حاجتها ، وهـٰذا لا شك فيه ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك ما إذا كان السفر مع الزوج كما ذكره الرافعي في (قسم الصدقات) .

وإذا كانت أمة فسافر بها السيد بعد أن بات عند الحرة ليلتين . . فإنه لا يسقط حقها

= قال في « المهمات » : وهـٰذه هي تلك بعينها إلا أن تلك في امرأة وهـٰذه في امرأتين ، ولا أثر لذلك ، وقال في « شرح مسلم » : الأقوى المختار . . إلخ . وعبارة « المنهاج » قد توافق ذلك ، وكذا قول « الحاوي ») .

وَبِإِذْنِهِ لِغَرَضِهِ . . يَقْضِي لَهَا ، وَلِغَرَضِها . . لاَ فِي ٱلْجَدِيدِ . وَمَنْ سَافَرَ لِنُقْلَةٍ . . حَرُمَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ . . . .

من القسم ، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن ؛ لأنه حصل بغير اختيارها[1] .

وإذا خربت البلد ولم تمكنها الإقامة فيه ، أو أشرف المنزل على السقوط والزوج غائب وخرجت بسبب ذلك . . فلا تكون ناشزاً كما سيأتي في (العدد)[2] .

قال : (**وبإذنه لغرضه . . يقضي لها**) ؛ لأن نفقتها واجبة .

قال : (**ولغرضها . . لا في الجديد**) ؛ لأنها غير ممكنة ، وخارجة عن قبضته مقبلة علىٰ شأنها ، وفي هـٰذه الحالة الأصح : لا نفقة لها .

وفي القديم يقضي لها ؛ لأنها سافرت بإذنه فكانت كالمسافرة معه أو في حاجته ، و في « المحرر » أطلق أنها إذا سافرت بإذنه . . سقطت نفقتها في الجديد ، واستدرك عليه في « الدقائق » بأن محله إذا سافرت لغرضها ، فإن كان لغرضه . . لم تسقط قطعاً كما في « المنهاج » . اهـ

وقد صرح في « المحرر » في (كتاب النفقات) بالتفصيل .

قال : (**ومن سافر لنقلة . . حرم أن يستصحب بعضهن**) بقرعة أو بغيرها ، كما لا يجوز أن يفعل ذلك في الحضر ، فإن فعل . . قضىٰ في الأصح[3] ، وقيل : لا إن أقرع .

ولو نقل بعضهن بنفسه وبعضهن بوكيله . . قضىٰ في الأصح إن أقرع ، وإلا . . وجب قطعاً ، والمراد بالوكيل هنا : المحرم ، فإن كان أجنبياً . . امتنع عليها السفر

---

(١) في هامش (ز) : (حكاه في « أصل الروضة » عن المتولي من غير مخالفة) .

(٢) في هامش (ز) : (عبارة العراقي : واستثنى السبكي أيضاً : ما لو خرب البلد وانجلىٰ أهله ولم تمكنها الإقامة والزوج غائب قال : فينبغي أن لاتكون ناشزة كخروجها من البيت إذا أشرف على السقوط) .

(٣) في هامش (ز) : (ويستثنىٰ منه : ما إذا أنزلها في بلد وفارقها كما حكاه الرافعي عن البغوي ، ثم قال الرافعي : ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد ، وقال الإمام البلقيني : الاحتمال الثاني هو الأصح) .

وَفِي سَائِرِ ٱلْأَسْفَارِ ٱلطَّوِيلَةِ ـ وكَذَا ٱلْقَصِيرَةُ فِي ٱلْأَصَحِّ ـ يَسْتَصْحِبُ بَعْضَهُنَّ بِقُرْعَةٍ ، وَلاَ يَقْضِي مُدَّةَ سَفَرِهِ ، . . . .

معه ، وفي الاكتفاء في هـٰذا السفر بالنسوة الثقات نظر ، والظاهر جوازه معهن ؛ لأنه سفر واجب .

قال : (**وفي سائر الأسفار الطويلة ـ وكذا القصيرة في الأصح ـ يستصحب بعضهن بقرعة**) أما الطويلة . . فلأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً . . أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها . . خرج بها معه ، رواه الشيخان [خ ٢٥٩٤ـ م ٢٧٧٠] وغيرهما ، وأما القصيرة . . فلعموم الخبر وغلبة الحاجة إلى استصحاب بعضهن فيه .

والثاني ـ واختاره البغوي ـ : أنه ليس له أن يستصحب بعضهن معه بقرعة في السفر القصير ؛ لأنه في حكم الإقامة ، وليس للمقيم أن يخصص بعضهن بالقرعة ، فإذا سافر بواحدة بغير قرعة . . عصىٰ وقضىٰ للباقيات .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضي .

وظاهر إطلاق المصنف : أنه لا يشترط أن يكون السفر مباحاً ، لـٰكن نقل الشيخان عن الغزالي اشتراط كونه مرخصاً وتوقفا فيه(١) ، ولا وجه للتوقف ؛ فقد صرح به القفال في « محاسن الشريعة » ، وصرح الرافعي بجريان الخلاف في سفر التفرج ، وأسقطه من « الروضة » .

ويستثنىٰ من إطلاقه ما إذا زنىٰ وغربه الإمام . . فإنه يمنع من استصحاب زوجة معه كما نقله الرافعي هناك عن البغوي .

قال : (**ولا يقضي مدة سفره**) ؛ لأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضاه ، والمعنىٰ فيه : أن المستصحبة وإن فازت بصحبته فقد لحقها من تعب السفر ومشقته ما يقابل ذلك ، والمقيمة وإن فاتها الاستمتاع به فقد ترفهت بالإقامة ، فتقابل الأمران فاستويا .

ومراد المصنف بـ(السفر) : الذهاب ، أما الإياب . . فسيذكره .

---

(١) في هامش (ز) : (ولمّا نقله عنه الرافعي . . قال : مقتضى القضاء في سفر المعصية) .

فَإِنْ وَصَلَ ٱلْمَقْصِدَ وَصَارَ مُقِيماً . . قَضَىٰ مُدَّةَ ٱلإِقَامَةِ ، لاَ ٱلرُّجُوعِ فِي ٱلأَصَحِّ . .

قال : (**فإن وصل المقصد وصار مقيماً . . قضىٰ مدة الإقامة**) المراد بصيرورته مقيماً : أن ينوي الإقامة المؤثرة فيه إما عند وصوله أو في أول سفره ، سواء أقام بالفعل أم لا ، وإلا . . لم يصر مقيماً بمجرد وصوله في الأصح .

وكذا الحكم لو نوى الإقامة المؤثرة قبل وصوله المقصد ، فلو أقام في مقصد أو غيره بغير نية . . فقال الإمام[1] : إن أقام يوماً . . لم يقضه .

قال الرافعي : والأقرب قول البغوي : إن زاد علىٰ مقام المسافرين . . قضى الزائد .

ولو أقام لشغل ينتظره . . ففي القضاء خلاف كالترخص[2] ، والذي ذكره المصنف محله إذا كان مقيماً عندها[3] ، فإن اعتزلها مدة الإقامة . . لم يقض كما جزم به الماوردي .

قال : (**لا الرجوع في الأصح**) كما لا يقضي مدة الذهاب .

والثاني : يقضيها ؛ لأن سفره الأول انقطع بالإقامة ، والرجوع في معنىٰ سفر جديد بلا قرعة ، ومحل الوجهين إذا صار مقيماً ، فإن رجع من فوره . . فلا قطعاً .

فروع :

هل يلزمهن ركوب البحر إذا كان الغالب السلامة؟ خرجه في « المطلب » علىٰ وجوب ركوبه للحج إذا تعين طريقاً ، إلا أن يقال : حق الله مبني على المساهلة ، بخلاف حق الآدمي .

ولو سافر باثنتين بالقرعة . . عدل بينهما ، فإن ظلم إحداهما . . قضىٰ لها في

---

(١) في هامش (ز) : (والغزالي) .

(٢) في هامش (ز) : (وبعد ما يترخص فيه يقضي ، وذكر الإمام البلقيني أنه لايقضي مدة الإقامة إلا إذا كانت بنية النقلة كما هو ظاهر نص « الأم » ، و« المختصر » وهو التحقيق ، وحكى الماوردي فيه وجهين) اهـ

(٣) في هامش (ز) : (لا اعتراض عليه ؛ لأنه فرض المسألة فيما إذا صار مقيماً) .

وَمَنْ وَهَبَتْ حَقَّهَا . . لَمْ يَلْزَمِ ٱلزَّوْجَ ٱلرِّضَا ، فَإِنْ رَضِيَ وَوَهَبَتْ لِمُعَيَّنَةٍ . . بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْهِمَا ، وَقِيلَ : يُوَالِيهِمَا ، . . . .

السفر ، فإن لم يتفق . . قضىٰ في الحضر من نوبة التي ظلم بها .

ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة . . لم يقض حق زفافها[1] ، ولو نكح في الطريق جديدة . . قضىٰ حق زفافها ، ثم يسوي بينها وبين المستصحبات .

ولو كان في نكاحه ثلاث ، فبات عند ثنتين عشرين ثم فارق إحداهما . . يبيت عند المظلومة عشراً ، وقال المتولي : خمساً ؛ لأنه إنما يقضي العشر من حقهما ، وقد بطل حق إحداهما .

ولو كان تحته زوجتان ظلم إحداهما ثم نكح ثالثة . . قضىٰ للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها .

قال : (**ومن وهبت حقها . . لم يلزم الزوج الرضا**) ؛ لأن الاستمتاع بها حقه ، وهي لا تملك إسقاط حقه .

قال : (**فإن رضي ووهبت لمعينة . . بات عندها ليلتيهما**) ؛ لأن سودة وهبت يومها لعائشة ، فكان صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة ، متفق عليه [خ ٥٢١٢ـم ١٤٦٣] .

وعلم من تعليقه الحكم برضى الزوج : أنه لا عبرة برضا الموهوب لها ولا عدمه ، بل يكفي قبول الزوج ، وليس لنا هبة يقبل فيها غير الموهوب له إلا هـٰذه .

وأشار بقوله : (ليلتيهما) إلىٰ أنه يقسم كلاً في وقتها كما كان[2] .

قال : (**وقيل : يواليهما**) ؛ لأنه أسهل ، والمقدار لا يختلف ، قال ابن الرفعة : إنما يتجه ما قاله الأصحاب في هـٰذه المسألة إذا كانت ليلة الواهبة متأخرة ، فإن كانت

---

(١) في هامش (ز) : (واعلم : أنه إذا طرأ له سفر بعد المبيت عند إحدى الزوجتين دون الأخرىٰ فخرجت القرعة لصاحبة النوبة الباقية . . لاتدخل نوبتها في مدة السفر ، بل إذا رجع وفاها نوبتها ، ذكره الإمام البلقيني ، قال : وفي نص الشافعي في « الأم » مايشهد له) .

(٢) في هامش (ز) : (قال ابن النقيب : وكذا لو كانت متأخرة فأخر نوبة الموهوبة إليها برضاها ؛ تمسكاً بالعلة المذكورة) .

أَوْ لَهُنَّ . . سَوَّىٰ ، أَوْ لَهُ . . فَلَهُ ٱلتَّخْصِيصُ ، وَقِيلَ : يُسَوِّي .

متقدمة وأراد تأخيرها . . اتجه الجواز قطعاً ، وإليه ترشد علة الثاني بأن فيه تأخير حق من تليها .

قال : (**أو لهن . . سوىٰ**) بالاتفاق ، وتصير الواهبة كالعدم ، وكذلك إذا أسقطت حقها مطلقاً .

قال : (**أو له . . فله التخصيص**) ؛ لأن الحق له فيضعه حيث يشاء ، وعلىٰ هـٰذا : ينظر ، هل الليلتان متصلتان أو لا كما سبق؟ قال الإمام : وله علىٰ هـٰذا أن يسوي بينهن كما لو أطلقت الهبة .

قال : (**وقيل : يسوي**) فيجعل الواهبة كالمعدومة ؛ لأن في التخصيص وحشة ، قال في « الشرح الصغير » : وهـٰذا هو الأشبه .

تتمة :

لا يجوز أن تأخذ بحقها عوضاً لا من الزوج ولا من الضرة ، فإن أخذت . . لزمها رده ، وتستحق القضاء على الصحيح ؛ لأنها لم يسلم لها العوض .

وحكى ابن كج وجهاً : أنها لا تستحق القضاء .

وإنما لم يجز أخذ العوض علىٰ هـٰذا الحق ؛ لأنه ليس بعين ولا منفعة ، وهو حق لازم بالنكاح ، ويتجدد بتجدد الزمان ، فلا يتخيل وجه أبي إسحاق فيه القائل بجواز بيع حق التحجر وما في معناه من حد القذف وحق الشفعة والرد بالعيب ؛ لأن تلك الحقوق تسقط بالإسقاط ، وهـٰذا لا يسقط بالإسقاط .

قال الشيخ : وقد عمت البلوىٰ في هـٰذا الزمان بالنزول عن الوظائف ، ولا شك أنها لا تشبه حق القسم ؛ لما قلناه .

والذي استقر عليه رأيه : أن بذل العوض فيه جائز وأخذه حلال ؛ لإسقاط الحق لا لتعلق حق المنزول له بها ، بل يبقى الأمر في ذلك إلىٰ ناظر الوظيفة يفعل فيها ما تقتضيه المصلحة شرعاً ، فلو شرط النازل حصولها للمنزول له . . لم يجز ، ولو اتفق الثلاثة ورضي الناظر بالمنزول له أو الأجنبي ببذل العوض من غير شرط . . جاز ،

ويستنبط ذلك من هـٰذه المسألة ومن خلع الأجنبي ، وستأتي الإشارة إليها هناك .

وأما النزول علىٰ جهة التبايع وأن يكون المنزول له يترتب له حق في مقابلة العوض . . فباطل ؛ لما فيه من الغرر في بذل المال في مقابلة شيء غير موثوق به .

قال : (**فصل** :

ظهرت أمارات نشوزها . . وعظها) الوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه ، وذلك إما بأن تنشز المرأة وتتعدىٰ ، أو بأن يتعدى الرجل ، وقد لا يظهر ، ويشكل الحال في أن المتعدي أيهما أو كلاهما؟ فهـٰذه ثلاثة أحوال :

الأول : أن تتعدىٰ هي ، قال الله تعالىٰ : ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ فجعل الله تعالىٰ معاقبتها في النشوز بثلاثة أشياء : وعظها وهجرها وضربها ، وهي مرتبة علىٰ أحوالها الثلاثة التي ذكرها المصنف : إن خاف . . وعظها ، وإن أبدت نشوزاً . . هجرها ، وإن أقامت عليه . . ضربها ، ويكون هـٰذا مضمراً كالمضمر في آية الحرابة .

وقيل : للزوج أن يجمع بين الثلاثة ، وأن يفرق بينها علىٰ حسب اجتهاده كما يجتهد الحاكم في التعزيرات ، سواء تحقق النشوز أو خافه .

وقيل : إن تحقق النشوز . . فالحكم كذلك ، وإن خافه . . اقتصر على الوعظ .

وقيل : على الترتيب ، يعظها أولاً ، فإن لم تتعظ . . هجرها ، فإن لم تنزجر . . ضربها .

وفي قوله تعالىٰ : ﴿تَخَافُونَ﴾ تأويلان :

أحدهما : تظنون الظن الغالب ، وهو أن يستدل علىٰ نشوزها بما تبديه من سوء فعلها وأذاها لبعلها .

والثاني : العلم يعبر عنه بالخوف كما قال أبو محجن رضي الله عنه [من الطويل] :

ولا تدفنني في الفلاة فإنني أخاف إذا ما مت أن لا أذوقُها

بِلاَ هَجْرٍ . فَإِنْ تَحَقَّقَ نُشُوزٌ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ . . وعَظَ وَهَجَرَ فِي ٱلْمَضْجِعِ ، . . . . . .

وظهور الأمارات إما بالقول بأن كان يعتاد منها الكلام الحسن أو التلبية إذا دعاها فتغير ذلك بضده ، وإما بالفعل كالعبوسة والإعراض بعد أن كانت بخلاف ذلك .

و(النشوز) : معصية الزوج ، والامتناع من طاعته امتناعاً خارجاً عن حد الدلال ، وتعصي عليه بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلىٰ تعب .

و(الوعظ) : التذكير بعواقب الأمور ، وهو أن يقول لها : اتقي الله في الحق الواجب عليك ، واحذري العقوبة ، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم .

وليس من النشوز الشتم وبذاءة اللسان ، لـٰكن تستحق به التأديب من الزوج لا الحاكم في الأصح ؛ لتأكد الوحشة بالرفع إليه .

قال : (**بلا هجر**)[1] وكذلك لا يضربها في هـٰذه الحالة ؛ لجواز أن لا يكون نشوزاً ، ولعلها تبدي عذراً أو تتوب ، وحسن أن يبرها أو يستميل قلبها بشيء ؛ ففي « الصحيحين » [خ ٥١٨٤ـ م ١٤٦٨/٦٠] : « المرأة ضلع عوجاء ، إن أقمتها . . كسرتها ، وإن تركتها . . استمتعت بها علىٰ عوج فيها » .

و(الهجر) : ضد الوصل ، والتهاجر : التقاطع ، وما أحسن ما أنشده الحافظ الذهبي في « مشتبه النسبة » عن بعض مشايخه [من الطويل] :

ألا قد هجرنا الهجر واتصل الوصل وبانت ليالي البين واشتمل الشمل

فسعدىٰ نديمي والمدامة ريقها ووجنتها روضي وتقبيلها النقل

قال : (**فإن تحقق نشوز ولم يتكرر . . وعظ وهجر في المضجع**) فله أثر ظاهر في تأديب النساء ، وإنما لم يضرب في هـٰذه الحالة ؛ لأن الجناية لم تتأكد ؛ فقد يكون ما اتفق لها لعارض قريب الزوال ، وحسن أن يذكر لها ما في « الصحيحين » [خ ٣٢٣٧ـ م ١٤٣٦/١٢٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش

---

(١) في هامش (ز) : (وكلامهم يقتضي تحريم هجرها في المضجع في هـٰذه الحالة ، ولا شك فيه إذا فوت حقاً لها من قسم أو غيره ، وإلا . . فيظهر عدم تحريمه ؛ لأن الاضطجاع معها حقه فله تركه) .

وَلَا يَضْرِبُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . قُلْتُ : ٱلْأَظْهَرُ : يَضْرِبُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

زوجها . . لعنتها الملائكة حتىٰ تصبح » .

وفي « الترمذي » [١١٦١] عن أم سلمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها . . دخلت الجنة » .

واحترز بـ(الهجران في المضجع) عن الهجران في الكلام ، فذلك حرام فيما زاد علىٰ ثلاثة أيام ؛ للحديث الصحيح : « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام »[١] .

وفي « سنن أبي داوود » [٤٨٧٨] : « فمن هجره فوق ثلاث فمات . . دخل النار » .

وفيه [٤٨٧٩] عن أبي خراش السلمي ـ وليس له سواه ـ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من هجر أخاه سنة . . فهو كسفك دمه » .

قال أصحابنا وغيرهم : هٰذا في الهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر شرعي بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور . . لم يحرم ، وسيأتي في (كتاب الأيمان) ما وقع في ذلك للسلف وللعلماء في تفسير الهجر في المضجع أقوال :

أشهرها : أن لا يضاجعها في الفراش .

والثاني : ترك الوطء .

والثالث : ترك الكلام .

والرابع : أن يقول لها هجراً ؛ أي : إغلاظاً في القول .

والخامس : أن يربطها بالهجار ، وهو حبل يربط به البعير الشارد .

قال : (**ولا يضرب في الأظهر**) ؛ لأن الجناية لم تتأكد .

قال : (**قلت : الأظهر : يضرب والله أعلم**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾ ، وصححه أيضاً في « الروضة » و« التصحيح » .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٠٦٥) ، ومسلم (٢٥٦٠) .

قال : (**فإن تكرر . . ضرب**) بلا خلاف ، قال الرافعي : وهو ضرب تأديب وتعزير ، وقدره مبين في بابه ، وينبغي أن لا يكون مبرحاً ولا مدمياً ، وأن لا يقع على الوجه والمهالك ، وإذا أفضىٰ إلىٰ تلف . . وجب الغرم ؛ لأنه يتبين أنه إتلاف لا إصلاح .

وقال في « البحر » : يضربها بمنديل ملفوف أو بيده ، لا بسوط ولا عصا ، وإباحة الضرب في هـٰذه الحالة ولاية من الشرع للزوج لأخذ حقه .

قال الشيخ عز الدين : وليس لنا موضع يضرب المستحق من منع حقه غير هـٰذا والعبد إذا منع حق سيده ؛ لأن الحاجة ماسة إلىٰ ذلك فيهما لتعذر إثبات ذلك بسبب عدم الاطلاع عليه .

وإنما يجوز ضربها إذا علم أنه يصلحها أو ظنه ، فإن علم عدم إفادته . . لم يجز كما سيأتي في (التعزير) .

وله ضربها إذا منعته ما عدا الجماع من الاستمتاعات كالمعانقة والمضاجعة ؛ إذ الأصح : سقوط نفقتها بذلك ، وإذا وجد الضرب من الزوج فادعت عدم التعدي والنشوز وادعىٰ أنه بسبب نشوزها . . فمن المجاب؟

قال في « المطلب » : يحتمل أن يقال : القول قولها فيه ؛ لأن الأصل عدم عصيانها ، لـٰكن يعارضه : أن الأصل عدم ظلم الزوج فيكون القول قوله ، قال : وهـٰذا الذي يقوىٰ في ظني ؛ لأن الشرع جعله ولياً في ذلك ، والولي يرجع إليه في مثل ذلك .

فرع :

ضرب زوجته بسوط عشر ضربات فصاعداً على التوالي فماتت . . نظر ، إن قصد في الابتداء العدد المهلك . . وجب القصاص ، وإن قصد تأديبها بسوطين أو ثلاثة ثم بدا له المجاوزة . . لم يجب ؛ لأنه اختلط العمد بشبهه ، حكاه الرافعي في « الفروع المنثورة » قبيل (الديات) عن البغوي وأقره .

فَلَوْ مَنَعَهَا حَقَّهَا كَقَسْمٍ وَنَفَقَةٍ . . أَلْزَمَهُ ٱلْقَاضِي تَوْفِيَتَهُ ، فَإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وَآذَاهَا بِلاَ سَبَبٍ . . نَهَاهُ ، فَإِنْ عَادَ . . عَزَّرَهُ . . . .

فرع :

الأولىٰ للزوج ترك الضرب ؛ لما روى الشافعي [١/ ٢٦١] وأبو داوود [٢١٣٩] والنسائي [سك ٩١٢٢] وابن ماجه [١٩٨٥] من حديث إياس بن عبد الله : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تضربوا إماء الله » فجاءه عمر فقال : يا رسول الله ؛ ذئر النساء علىٰ أزواجهن ، فأذن النبي صلى الله عليه وسلم في ضربهن ، فطاف بآل محمد نساء كثير يشكين أزواجهن ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشكين أزواجهن ولا تجدون أولـٰئك خياركم » .

قال ابن الصباغ : هـٰذا محمول علىٰ ضرب غير الناشز ، وأطلقه لما ظهر منهن النشوز ، ويحتمل أن يكون نهىٰ عن ذلك استحباباً .

وقوله : (ذئر) معناه : تَجرَّأن ونشزن .

قيل : سمع أبو حنيفة صوت امرأة يضربها زوجها وهي تصيح ، فقال : صدقة مقبولة وحسنة مكتوبة ، فقال له رجل من أصحابه : كيف ذلك؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أدب الجاهل صدقة عليه » وأنا أعرفها جاهلة .

قال : (**فلو منعها حقها كقسم ونفقة . . ألزمه القاضي توفيته**) .

لما أنهى الكلام في الحال الأول ـ وهو عدوان المرأة ـ عقبه بالحال الثاني ـ وهو عدوان الزوج ـ فإن منعها حقها . . ألزمه القاضي توفيته كسائر الممتنعين من أداء الحقوق .

قال : (**فإن أساء خلقه وآذاها بلا سبب . . نهاه**) ؛ لأن إساءة الخلق بين الزوجين كثيرة أو غالبة ، ولو عزر عليها أولاً . . أدىٰ ذلك إلىٰ وحشة شديدة ، فاقتصر في ابتدائها على النهي عسىٰ أن يلتئم الحال بينهما .

قال : (**فإن عاد . . عزره**) ؛ لإساءته ، وإنما يعزره إذا طلبته الزوجة ؛ لأنه حقها ، ولم يتعرض الأكثرون للحيلولة بينهما إلا الغزالي ؛ فإنه قال : يحال بينهما إلىٰ

. . . .

أن يعود إلى الطاعة ، وتبعه « الحاوي الصغير » ، وأما الروياني فصرح بالمنع منها .

فإن كان لا يمنعها شيئاً من حقوقها ، ولـكنه يكره صحبتها لكبر أو مرض ونحوه ، ولا يدعوها لفراشه ، أو يهم بطلاقها . . فلا شيء عليه ، وحسن أن تسترضيه ببعض حقها من القسم أو النفقة كما فعلت سودة ، ونزل في ذلك قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ الآية .

ووقع في « النهاية » : أنه عليه الصلاة والسلام طلقها فقالت : راجعني وقد وهبت نوبتي لعائشة[1] .

فائدة :

(الخُلق) بضم اللام وإسكانها : الدين والطبع والسجية ، وحقيقته : أنه صورة الإنسان الباطنة ، وهي نفسه وأوصافها ومعانيها المختصة بها بمنزلة الخلق للصورة الظاهرة وأوصافها ومعانيها ، ولهما أوصاف حسنة وقبيحة ، والثواب والعقاب يتعلقان بأوصاف الصورة الباطنة أكثر مما يتعلقان بأوصاف الصورة الظاهرة .

روىٰ ركانة بن عبد يزيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لكل دين خلق ، وخلق هـٰذا الدين الحياء »[2] .

وروى الترمذي [١١٦٢] عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً ، وخياركم خياركم لنسائهم » .

وما أحسن قول شيخنا الشيخ برهان الدين القيراطي رحمه الله [من البسيط] :

بمكـارم الأخـلاق كـن متخلقـاً ... ليفـوح مسـك ثنـائـك العطـر الشـذي
وانفـع صـديقـك إن صـدقـت صـداقـة ... وادفع عدوك ﴿ بِٱلَّتِى ﴾ ﴿ فَإِذَا ٱلَّذِى ﴾

---

(١) البخاري (٥٢١٢) ، ومسلم (١٤٦٣) بنحوه .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٤١٨١) ، ومالك (٢/٩٠٥) ، وأبو يعلى (٣٥٧٣) ، والطبراني في « الصغير » (١٣) .

وَإِنْ قَالَ كُلٌّ : إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدٍّ . . تَعَرَّفَ ٱلْقَاضِي ٱلْحَالَ بِثِقَةٍ يَخْبُرُهُمَا وَمَنَعَ ٱلظَّالِمَ ، فَإِذَا ٱشْتَدَّ ٱلشِّقَاقُ . . بَعَثَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا ، . . . . . .

قال : (**وإن قال كلٌّ : إن صاحبه متعد . . تعرَّف القاضي الحال بثقة يخبرهما ومنع الظالم**) عن الظلم ، أشار إلى الحال الثالث ، وهو أن ينسب كل واحد منهما الآخر إلى التعدي وسوء الخلق وقبح السيرة ، والقاضي لا يعرف ذلك ، فيتعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بشأنهما .

فإن لم يكن . . أسكنهما بجنب ثقة يفحص عن حالهما ويُنهيه إليه ، فإذا تبين له الظالم منهما . . منعه من ذلك .

قال الرافعي : كذا أطلقوه ، وظاهر كلامهم الاكتفاء فيه بقول واحد كالرواية دون الثبوت بالشهادة ، فإن لم يمتنع . . أحال بينهما حتىٰ يرجعا عن عداوتهما .

قال : (**فإذا اشتد الشقاق . . بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ الآية .

وروى الترمذي والنسائي : أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة ، فكان إذا دخل عليها . . تقول : أين عتبة بن ربيعة بن شيبة بن ربيعة بن الوليد بن عتبة! أين الذين كانت أعناقهم كأباريق الفضة ، ترد الماء أنوفهم قبل شفاههم ، فألحت عليه في ذلك ، فدخل يوماً وهي تقول ذلك ، فقال : علىٰ يسارك إذا دخلت النار ، فشدت عليها ثيابها وأتت عثمان بن عفان فذكرت له ذلك ، فأرسل ابنَ عباس ومعاوية ، فرأى ابن عباس التفريق بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بينهما ، فأتياهما فوجداهما قد اصطلحا .

والأصح : أن هـٰذا البعث واجب ، والمنصوص : أنه يستحب[1] ، وكذلك كونه

---

(١) في هامش (ز) : (عبارة العراقي : ليس في عبارتهم إفصاح عن كون هـٰذا البعث واجباً أو مستحباً ، وقد قال البغوي : عليه بعثهما ، قال الرافعي : وظاهره الوجوب ، وحجته الآية ، وقال الروياني : يستحب ، زاد النووي : الأصح أوالصحيح : الوجوب .

قال في « المهمات » : بل الصحيح الاستحباب ؛ فقد نص عليه الشافعي كما حكاه في « البحر » ، وكيف يتمسك بعبارة محتملة لمتأخر وكلام إمام المذهب قاض علىٰ خلافه؟! =

من أهله وأهلها مستحب ، والمأمور بإنفاذ الحكمين في الآية الكريمة ولاة الأمور : السلطان والقاضي وغيرهما ممن له الولاية الشرعية إذا ترافع إليه الزوجان(١) .

و(الشقاق) مأخوذ من الشق ، وهو الناحية ، كأن كل واحد منهما في ناحية عن الآخر ، ولا يحتاج في بعثهما إلىٰ رضا الزوجين ، فإن لم يكن لهما أهل . . فمن الجيران الأقرب فالأقرب ، فإن كان الحاكم قريب أحدهما . . فله أن يذهب بنفسه .

قال : (**وهما وكيلان لهما**) ؛ لأن البضع حق الزوج والمال حقها ، وهما رشيدان فلا يولىٰ عليهما ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد ، واختاره المزني .

قال : (**وفي قول : موليان من الحاكم**) وبه قال مالك ، واختاره ابن المنذر والقاضي أبو الطيب وصاحبا « المهذب » و« البيان » وابن أبي عصرون وغيرهم ؛ لأن الله تعالىٰ سماهما حكمين .

وصح عن علي رضي الله عنه : أنه جاءه رجل وامرأة ومع كل واحد منهما فئام من الناس ، فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ثم قال للحكمين : تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل : أما الفرقة . . فلا ، فقال علي : كذبت والله حتىٰ تقر بمثل الذي أقرت به .

واحتج بهـٰذا الأثر للقول الأول ؛ لأنه اعتبر رضاهما وإقرارهما ، وللقول الثاني ؛ لأنه جعل الجمع والتفريق إلى الحكمين ، رواه النسائي [سك ٤٦٦١] والدارقطني [٣/ ٢٩٥] والبيهقي [٧/ ٣٠٥] .

= وقال البلقيني : نص الشافعي في « الأم » أظهر في الوجوب كما قاله البغوي ، حيث قال : فحق عليه ، وصرح الماوردي بالوجوب) .

(١) في هامش (ز) : (قال الإمام البلقيني : مقتضىٰ كلامهم أنه لا يبعث الحكمين إلا إذا كان الزوج بالغاً عاقلاً والمرأة رشيدة ؛ لعدم إمكان الطلاق منه وعدم إمكان البدل منها ، وعندي : لا يمتنع بذلك ـ بعيبهما ـ لئلا يؤدي إلىٰ لزوم الضرر ، وكما لايجوز فسخ النكاح بإعسار الصغير عن النفقة ويكون طلاقاً علىٰ قول مخرج) .

فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : يُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا . فَيُوَكِّلُ حَكَمَهُ بِطَلَاقٍ وَقَبُولِ عِوَضِ خُلْعٍ ، وَتُوَكِّلُ حَكَمَهَا بِبَذْلِ عِوَضٍ وَقَبُولِ طَلَاقٍ بِهِ . . . .

قال : (**فعلى الأول : يشترط رضاهما . فيوكل حكمه بطلاق وقبول عوض خلع ، وتوكل حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به**) ؛ لأن هٰذا قضية كونهما وكيلين ، فإن لم يرضيا ولم يتفقا علىٰ شيء . . أدبهما القاضي ، واستوفىٰ للمظلوم حقه ، وعلى القول الثاني : لا يشترط رضا الزوجين في بعث الحكمين .

وإذا رأىٰ حكم الزوج أن يطلق . . طلق مستقلاً بذلك ؛ لأنها ولاية شرعية ، أو نيابة شرعية أقامه الشارع فيها مقام الزوج ، ولا يزيد علىٰ طلقة واحدة ، فإن داما على الشقاق . . زاد إلىٰ أن يستوفي الطلاق الثلاث ، وإن رأى الخلع وساعده حكم المرأة . . تخالعا وإن لم يرض الزوجان .

ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة ، أو أن لا يتسرىٰ ، أو أن لا ينكح عليها غيرها . . لم يلزم ذلك بلا خلاف ، وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح أو غير متعلق . . لم يجز للحكمين استيفاؤه من غير رضا صاحبه بلا خلاف .

تتمة :

يشترط في المبعوثين التكليف قطعاً ، وتشترط العدالة والحرية والإسلام على المذهب ، ويشترط الاهتداء إلىٰ ما هو المقصود من بعثهما ، وتشترط الذكورة إن قلنا : حكمان ، ولا يشترط فيهما الاجتهاد وإن قلنا : حكمان .

ولا يجوز الاقتصار علىٰ حكم واحد على الأصح ، وبه قطع ابن كج والمتولي ، ولو اختلف رأي الحكمين . . بعث آخرين حتىٰ يجتمعا علىٰ شيء .

* * *

. . . .

خاتمة

وكل رجلاً فقال : إذا أخذت مالي منها فطلقها أو خالعها أو خذ مالي ثم طلقها . . لم يجز تقديم الطلاق علىٰ أخذ المال ، قال أبو الفرج الزاز : وكذا لو قال : خالعها علىٰ أن تأخذ مالي منها .

ولو قال : خذ مالي وطلقها . . فهل يشترط تقديم أخذ المال؟ وجهان : أصحهما عند البغوي : نعم ، ولو قال : طلقها ثم خذ . . جاز تقديم أخذ المال ؛ لأنها زيادة خير .

والله سبحانه وتعالىٰ أعلم[1]

* * *

---

(١) جاء في خاتمة النسخة (ت) : (تم الجزء الثالث من « النجم الوهاج في شرح المنهاج » ، وكان الفراغ من تعليقه نهار الجمعة ثامن عشر شهر الله المحرم الحرام سنة(٩٠٣ هـ) علقه لنفسه ولمن شاء الله تعالىٰ بعده فقير رحمة ربه الغني المنان علي بن عطية بن حسن الملقب بعلوان ، الهيتي الأصل ، الحموي المولد والمنشأ ، الشافعي المذهب ، الأشعري الاعتقاد ، أعانه الله تعالىٰ علىٰ طلب العلم الشريف ، وختم له وللمسلمين بخير ، إنه خبير لطيف .

كتب بمسجد الساقية بحماة بالعليليات التحتا ظاهر حماة المحروسة ، صانها الله وحماها وسائر بلاد المسلمين بمنه وكرمه . آمين .

والحمد لله وحده ، وصلى الله علىٰ من لا نبي بعده محمد وآله وصحبه وسلم) .

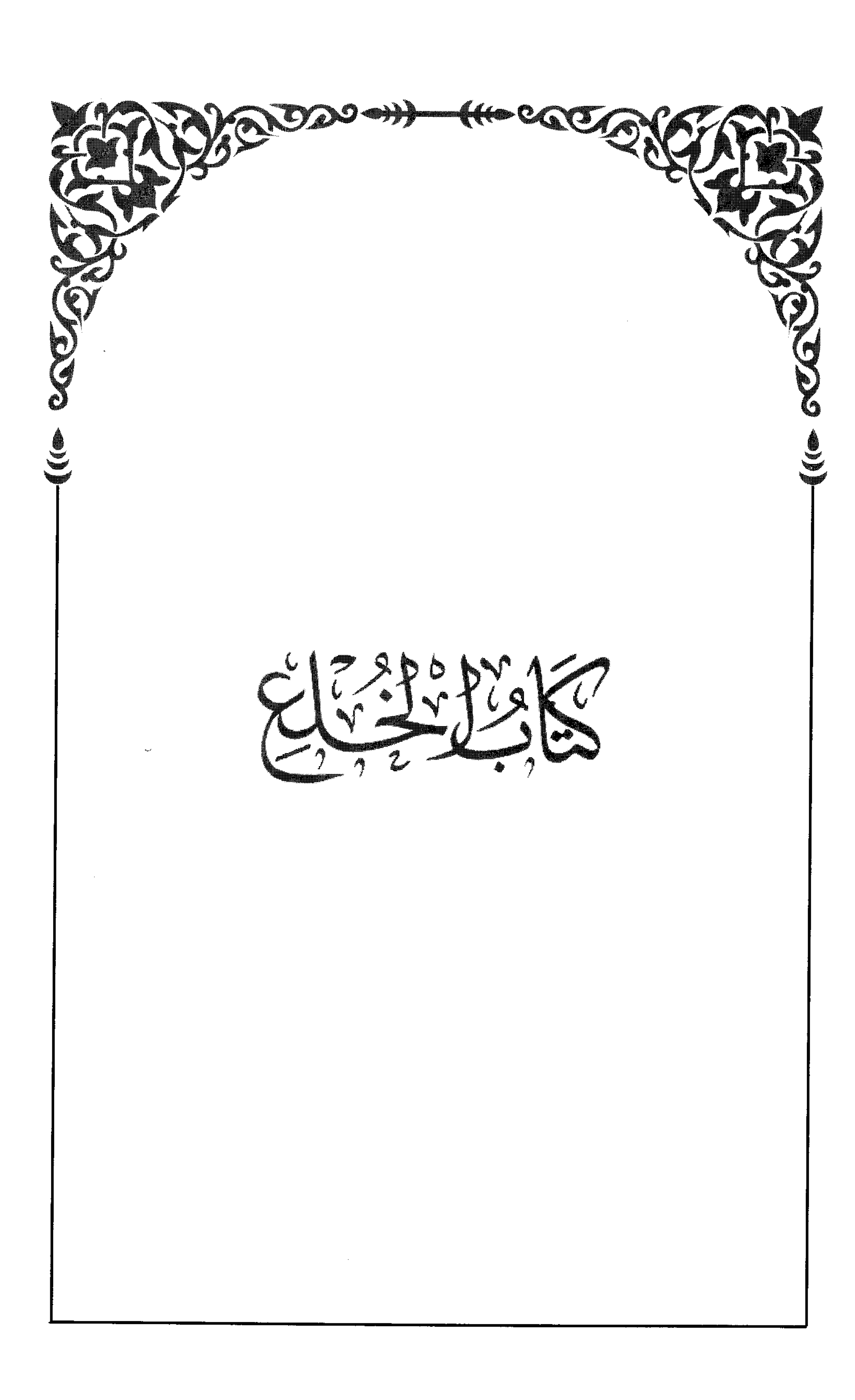
وفي خاتمة النسخة (م) : (آخر الجزء الثالث من « شرح المنهاج » للشيخ كمال الدين الدميري ، يتلوه في الرابع إن شاء الله تعالىٰ « كتاب الخلع » ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد ، وآله وصحبه وسلم .

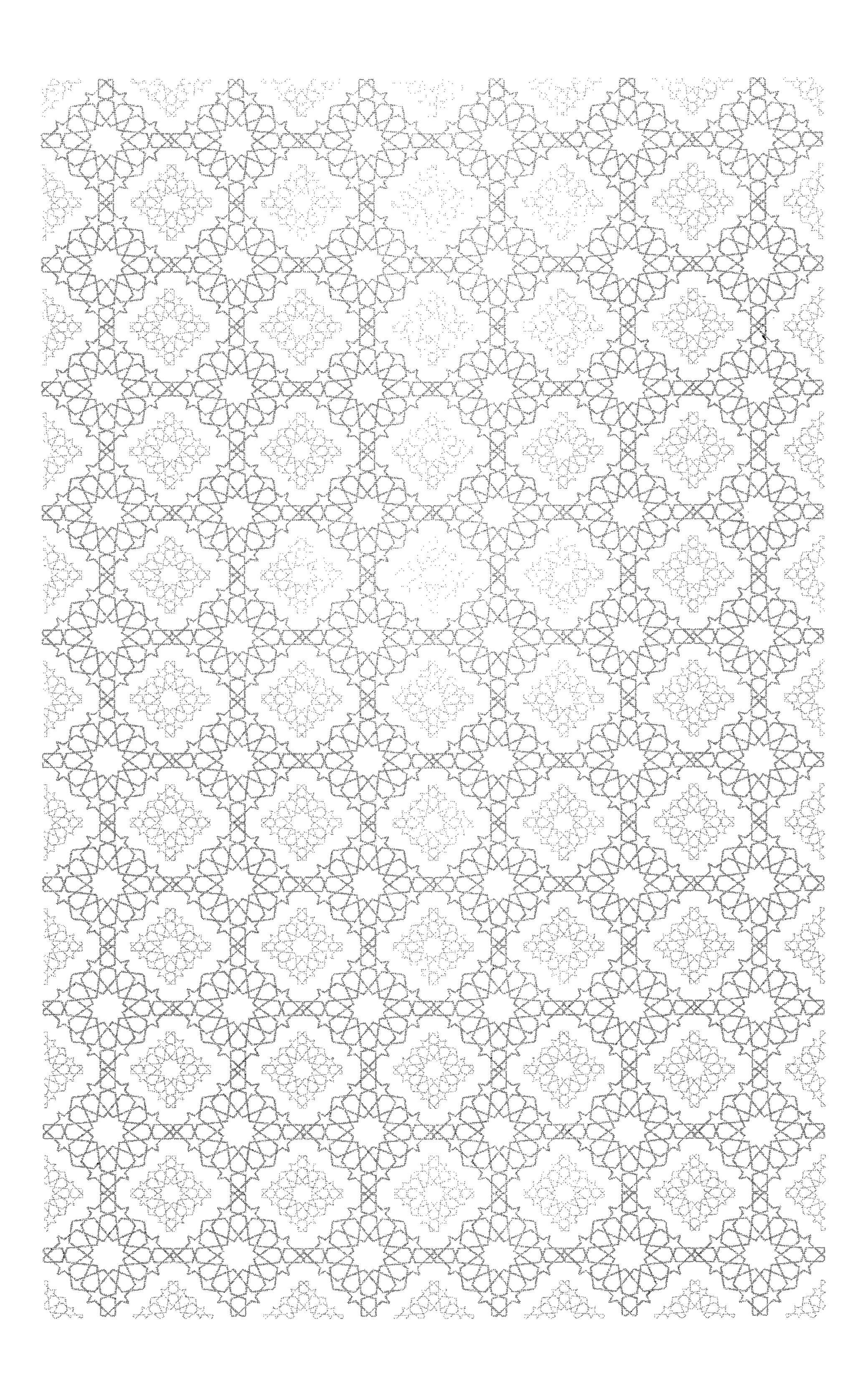
كتبه العبد الفقير إلى الله تعالى الحسن بن علي بن الفضل الشافعي غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين ، آمين .

كتبه بتاريخ سادس ربيع الأول سنة ثمان وخمسين وتسع مئة هجرية .

اللهم ؛ اغفر لكاتبه ولمالكه ولجميع المسلمين ، آمين) .




كتاب الخلع



كِتَابُ ٱلْخُلْعِ

. . . .

كتاب الخلع

اشتقاقه من الخلع وهو : نزع الثوب ؛ لأن كل واحد من الزوجين لباس الآخر ، قال تعالىٰ : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ولذلك سمي الخلع افتداء .

وروى البخاري [٥٢٧٣] وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج يوماً إلىٰ صلاة الصبح فرأىٰ حبيبة بنت سهل الأنصارية فقالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس ـ ومعناه : لا أنا أوافقه ولا هو يوافقني ـ فلما دخل ثابت المسجد . . قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هـٰذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن تذكر » فقالت حبيبة : كل ما أعطانيه عندي ، فقال صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته؟ قالت : نعم ، قال : « خذ الحديقة وطلقها تطليقة » .

فإن قيل : ليس في الحديث رضا ثابت بالطلاق ولا جريان لفظ الخلع . . فالجواب : أن المجلس كان متعدداً ، فذكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك في مجلس علىٰ سبيل الإشارة ، ثم في مجلس أمره ، وبذلك يجمع بين الروايات ؛ لأن القصة واحدة ، قال أبو داوود : وهو أول خلع في الإسلام[١] .

ولا فرق في جوازه بين أن يجري على الصداق أو بعضه ، أو علىٰ مال آخر أقل منه أو أكثر .

وعن أحمد : لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطىٰ لها .

ويصح الخلع في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر وبعض العلماء بحالة

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٢٠٤) .

. . . .

الشقاق ؛ ففي « سنن النسائي » [٦/ ١٨٦] : أن ثابتاً كان قد ضرب زوجته فكسر يدها .

ولو زنت المرأة فمنعها الزوج بعض مالها فافتدت بمال.. صح الخلع وحل له الأخذ ، وحمل عليه قوله تعالىٰ : ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ الآية .

وفي قول : لا يجوز ولا يستحق فيه العوض ، والأصح : أن الخلع مكروه ؛ لما فيه من قطع النكاح الذي طلب الشرع دوامه ، ولما روى النسائي [٦/ ١٦٨] وغيره عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المختلعات هن المنافقات » إلا في حالتين :

إحداهما : أن يخافا ـ أو أحدهما ـ أن لا يقيما حدود الله التي افترضها في النكاح .

فإن قيل : الآية تدل بمفهومها على المنع عند عدم الخوف.. فالجواب : أن ذكر الخوف فيها خرج مخرج الغالب ؛ لأن الغالب وقوعه في حالة الشقاق .

الحالة الثانية : أن يحلف بالطلاق الثلاث(١) علىٰ فعل شيء لا بد له منه فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه ؛ لأنه وسيلة إلى التخلص من وقوع الثلاث .

قال الشيخ : دخلت يوماً على ابن الرفعة فقال : جاءتني فتيا في رجل حلف لا بد أن يفعل كذا في هـٰذا الشهر ، ثم خالع قبل فراغه.. فكتبت عليها : أنه يتخلص ، ثم تبين لي أنه خطأ ، ودخل البكري فوافق على التخلص ، فبينت له أنه خطأ ، ودخل القمولي فوافق على التخلص فبينت له أنه خطأ .

قال : وأخذت أنا أبحث معه في ذلك وأجنح إلى التخلص وهو لا يلوي إلا علىٰ كونه خطأ ، وأن الصواب : أنه ينتظر ، فإن لم يفعل حتى انقضى الشهر.. تبين وقوع الطلاق المحلوف به قبل الخلع وبطلان الخلع ، ثم سألت الباجي عن ذلك ولم أذكر له ما قاله ابن الرفعة فقال : لا يخلصه الخلع ؛ لأنه تمكن من فعل المحلوف عليه ولم يفعل .

---

(١) في هامش (ز) : (وكذا عبارة « التنبيه » وكان ينبغي أن يقول : أن يحلف بما زاد علىٰ واحدة ؛ ليدخل الحلف بطلقتين ، قاله النووي في « نكته ») .

ثم رأيت في « الرافعي » في آخر (الطلاق) : أنه لو قال : إن لم تخرجي الليلة من هٰذه الدار فأنت طالق فخالع مع أجنبي من الليل وجدد النكاح ولم تخرج . . لم يقع الطلاق ؛ لأن الليل كله محل اليمين ، ولم يمض الليل وهي زوجة له حتىٰ يقع الطلاق ، وأنه لو كان بين يديه تفاحتان فقال لزوجته : إن لم تأكلي هٰذه التفاحة اليوم . . فأنت طالق ، ولأمته إن لم تأكلي هٰذه الأخرى اليوم . . فأنت حرة ، فاشتبهت تفاحة الطلاق وتفاحة العتق . . فذكر طريقين عن بعض الأصحاب في الخلاص ثم قال : فلو خالع زوجته ذلك اليوم وباع الأمة ثم جدد النكاح واشترى الأمة خلص .

وظاهر هٰذين الفرعين مخالف لما قاله ابن الرفعة والباجي[1] .

قال : (**هو فرقة بعوض**) كذا فسره ابن عباس واشتهر علىٰ ألسنة حملة الشرع .

و(الفرقة) : ضد الاجتماع ، و(العوض) : واحد الأعواض .

وفرقة النكاح بين الزوجين : قد تكون بطلاق ، وقد تكون بفسخ ، وعلىٰ كلا التقديرين : إما أن تكون بعوض وإما أن تكون بغيره ، فالطلاق بغير عوض معروف ولا يسمىٰ خلعاً ، والفسخ بغير عوض معروف أيضاً ولم يسموه خلعاً ، والطلاق بالعوض هو الذي يسمىٰ بذلك .

ومراد المصنف بذلك : العوض الواجب سواء ذكر أم لم يذكر ؛ ليتناول ما لو اختلعا من غير ذكر مال . . فإنها تبين بمهر المثل على الأصح .

وكان ينبغي أن يقول : مقصود ؛ ليخرج الدم ونحوه ، وزاد ابن الرفعة : يرجع إلى الزوج ؛ لأن الرافعي نقل في آخر (تعليق الطلاق) عن القفال : أنه لو علق الطلاق على البراءة مما لها عليه . . كان الطلاق بائناً ، وإن علق الطلاق على البراءة مما لها

---

(١) في هامش (ز) : (قال السبكي : وخطر لي الفرق بين « إن لم أفعل » و« لأفعلن » ؛ لأن الأول تعليق على العدم ولا يتحقق إلا بالآخر ، فإذا صادفها الآخر ثانياً . . لم تطلق وليس هنا إلا جهة حنث فقط ؛ فإنه إذا فعل لا نقول : برَّ ، بل : لم يحنث ؛ لعدم شرطه ، وأما لأفعلن . . فالفعل مقصود وهو إثبات جري ، وله جهة برّ وهي فعله ، وجهة حنث بالسلب الكلي الذي هو نقيضه) .

بِلَفْظِ طَلاَقٍ أَوْ خُلْعٍ . شَرْطُهُ : زَوْجٌ يَصِحُّ طَلاَقُهُ ، فَلَوْ خَالَعَ عَبْدٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ . . صَحَّ وَوَجَبَ دَفْعُ ٱلْعِوَضِ إِلَىٰ مَوْلاَهُ وَوَلِيِّهِ . . . .

علىٰ غيره . . كان رجعياً ، ولهـٰذا عبر في « المحرر » بقوله : الفرقة بين الزوجين علىٰ عوض يأخذه الزوج ، وفي « الشرح » بنحوه .

قال : (**بلفظ طلاق أو خلع**) قدم لفظ الطلاق ؛ لأنه ثبت بنص الحديث المتقدم ، وورد فيه أيضاً لفظ الفرقة مع ذكر العوض ، وكل طلاق فرقة ولا ينعكس .

لـٰكن حصر المصنف ممنوع ؛ لأنه سيأتي حصوله بلفظ المفاداة ، وبصرائح الطلاق ، وبلفظ الفسخ مع النية ، وبكنايات الطلاق مع النية إلا أن يجاب بأن مراده بلفظ الطلاق : ما أدىٰ معناه لا الطاء واللام والقاف ، ويصح بالاستيجاب والإيجاب كما ذكره الأكثرون .

قال : (**شرطه : زوج يصح طلاقه**) فلا يصح خلع الصبي والمجنون والمكره ، ولا خلع الأب عن ابنه الصغير خلافاً لمالك .

ومراده بـ(الشرط) : ما لا بد منه ؛ لأن الزوج ركن لا شرط ، وكونه ينفذ طلاقه شرط فيه .

وشملت عبارته الأعمىٰ ، لـٰكن حكى الشيخان في (كتاب البيع) : أنه إذا خالع علىٰ عين مال . . لا يثبت المسمىٰ .

قال : (**فلو خالع عبد أو محجور عليه بسفه . . صح**) ؛ لأن كلاً منهما يصح طلاقه بلا عوض فبعوض أولىٰ ، سواء كان بمهر المثل أم بدونه ، بإذن الولي والسيد أم بغيرهما ، بالعين أم في الذمة .

قال : (**ووجب دفع العوض إلىٰ مولاه ووليه**) كسائر أمواله ، ويملكه السيد قهراً .

وظاهر عبارته : أنها لا تبرأ بتسليم العوض إليه مطلقاً ، واستثنىٰ في « الحاوي » و« الشامل » و« البحر » ما إذا بادر الولي فأخذه منه . . فيبرأ حينئذ ، هـٰذا إذا لم يأذن لها الولي والسيد في الدفع ، فإن أذنا . . جاز ويبرأ به في الأصح .

فإن سلمت إلى السفيه بدون إذن الولي والعوض دين . . رجع الولي عليها به وهي

على السفيه بما قبض ، فإن تلف في يده . . تلف عليها ولا شيء لها بعد رشده ، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ وجهان .

وفي نظيره من شرائه وجه : أنه يطالب بعد رشده فيظهر مجيئه هنا ، أو علىٰ عين فليأخذها الولي منه ، فإن تركها عالماً بها فتلفت . . ففي ضمانه وجهان ، أو جاهلاً . . رجع عليها بمهر المثل .

والدفع إلى العبد كالدفع إلى السفيه إلا أن ما هلك في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وإذا كان العبد مأذوناً له في التجارة ولم يؤذن له في قبض ذلك ولا نهي عنه . . فهل يستفيد قبضه بحكم الإذن في التجارة فتبرأ به الذمة؟ فيه وجهان في « الحاوي » .

لـٰكن يستثنىٰ من (العبد) المكاتب . . فيجب التسليم إليه ؛ لاستقلاله ، وكذا المبعض المهايىء إذا قلنا بدخول الكسب النادر في المهايأة وخالع في نوبة نفسه ، وإلا . . دفعت إليه ما يخص حريته .

ويستثنىٰ ما إذا قال السفيه أو العبد لزوجته : إن دفعت إلي ألفاً فأنت طالق . . ففي « الحاوي » و« البحر » : تدفع إليه دون وليه ولا ضمان عليها ، وعلى الولي أخذه منه ، فإن أهمل . . لم يغرم ، ويلزمها بدله[1] .

والفرق بين هـٰذا وبين ما تقدم : أن ما في الذمة ملكه قبل الدفع وهنا لا يملك إلا به ، ولأنها لو دفعت إلىٰ وليه . . لم تطلق .

قال : (**وشرط قابله : إطلاق تصرفه في المال**) هـٰذا هو الركن الثاني وهو باذل المال في مقابلة البضع ، ويسمىٰ قابلاً ؛ لأنه في منزلة المشتري ، وسواء فيه الزوجة والأجنبي ؛ لأن المال هو المقصود ، وكذلك شرط ملتمسه ؛ لأنه تبرع .

هـٰذا إذا قلنا : الخلع طلاق ، فإن قلنا : فسخ . . فلا بد من قيد الزوجية ؛ إذ خلع الأجنبي علىٰ قول الفسخ لا يصح ؛ لأن الفسخ من غير علة لا ينفرد به الرجل فلا يصح

---

(١) في هامش (ز) : (لعله : ولا يلزمهما . . .) .

فَإِنِ ٱخْتَلَعَتْ أَمَةٌ بِلاَ إِذْنِ سَيِّدٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنِ مَالِهِ . . بَانَتْ ، وَلِلزَّوْجِ فِي ذِمَّتِهَا : مَهْرُ مِثْلٍ فِي صُورَةِ ٱلْعَيْنِ ـ وَفِي قَوْلٍ : قِيمَتُهَا ـ وَفِي صُورَةِ ٱلدَّيْنِ : ٱلْمُسَمَّىٰ ، .

طلبه منه ، وسيأتي هـٰذا من كلام الرافعي في موضعه .

قال : (**فإن اختلعت أمة بلا إذن سيد بدين أو عين ماله . . بانت**) أما في الدين . . فلا خلاف فيه إلا شيئاً في « الجيلي » ، وفي العين هو المشهور كالخلع علىٰ عوض فاسد كالخمر والمغصوب .

وفي قول : يقع الطلاق رجعياً كالسفيه ، والصحيح الأول ؛ لوجود أهليتها ، وإنما المنع لحق السيد .

وعلى القولين : محل ذلك إذا نجز الطلاق ، فإن قيده بتمليك تلك العين . . لم تطلق ، وسواء ملكها السيد العين وقلنا : إنها تملك أم لا ؛ لأنها لا تملك التصرف ، ولو أجازه السيد بعد ذلك . . لم ينفذ ؛ لأنه وقع فاسداً .

قال : (**وللزوج في ذمتها : مهر مثل في صورة العين**) ؛ لأنه المراد حينئذ ، ويتبع ذلك بعد العتق ، ولا مطالبة له الآن قطعاً .

قال : (**وفي قول : قيمتها**) أي : إن كانت متقومة ، وإلا . . فمثلها ، ولو عبر بالبدل كما عبر به الرافعي . . كان أولىٰ .

قال : (**وفي صورة الدين : المسمىٰ**)[1] ؛ لأنه لا ضرر فيه على السيد .

---

(١) في هامش (ز) : (صححه أيضاً في « أصل الروضة » ، لـٰكن الأظهر في « المحرر » : وجوب مهر المثل أيضاً كما في العين ، وهو المرجح في « الشرح الصغير » ، ومشىٰ عليه « الحاوي » ، ونقل في « الكبير » وجوب المسمىٰ عن العراقيين والقفال وأبي علي ثم قال : لـٰكن نظم الكتاب يقتضي ترجيح مهر المثل ، وهو الذي في « المهذب » والموافق لما في الشراء والضمان ؛ فإنا بينا أن الأصح فيهما : البطلان . اهـ

فتبين بذلك أن اختصاره في كتابيه معاً غير مطابق لأصله ؛ فـ« المنهاج » مخالف لأصله صريحاً ، والترجيح في « الروضة » زيادة بلا تمييز مع مخالفته « للمحرر » و« الشرح الصغير» .

وفرق بين هـٰذا وبين الشراء بغير إذن السيد بأنه لو صح الشراء . . لم يمكن جعل المبيع للعبد ؛ لكونه لا يملك ، ولا للسيد ؛ لكونه غير من لزمه الثمن ، ولا يجيء ذلك هنا ؛ فإن الخلع من الأجنبي يصح مع أن البضع لا يحصل له . =

وَفِي قَوْلٍ : مَهْرُ ٱلْمِثْلِ . وَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ عَيْناً لَهُ أَوْ قَدَّرَ دَيْناً فَٱمْتَثَلَتْ . . تَعَلَّقَ بِٱلْعَيْنِ وَبِكَسْبِهَا فِي ٱلدَّيْنِ ، . . . .

قال : (**وفي قول : مهر المثل**) كما لو تزوج العبد بغير إذن السيد ، وهـٰذا هو الأصح في « المحرر » ، ولم ينبه المصنف عليه ، وحقيقة القولين ترجع إلىٰ أن الخلع فاسد كما في العين أو صحيح .

هـٰذا كله في القنة ، أما المبعضة إذا خالعت علىٰ ما ملكته ببعضها الحر . . فإنه يجوز وتكون كالحرة ، أو علىٰ ما يملكه السيد . . لم يجز وتكون كالأمة ، وإن خالعت على الأمرين . . تفرقت الصفقة .

والمكاتبة جعلها في « الروضة » كالأمة إذا خالعت بغير إذنه ، فإن كان بإذنه . . فالأصح في « الروضة » هنا وفي « التصحيح » : أنه بإذنه كهو بغير إذنه .

وصحح في (باب الكتابة) تبعاً لـ« الشرح » أنه علىٰ قولي التبرعات .

لـٰكنه نقل المنع في « الكفاية »[1] عن النص فلا تناقض في كلام الرافعي ، وغايته : أنه ذكر أن النص خلاف المصحح .

ولو اقتصر في « الروضة » علىٰ ذكر النص . . وافق « الرافعي » ، لـٰكن زاد أنه المذهب . . فتناقض ، ثم أخذ منه في « تصحيح التنبيه » ، كذا نبه عليه الشيخ عز الدين النشائي وقال : إنه من أغاليط « الروضة » ، والسعيد من عُدَّت غلطاته .

قال : (**وإن أذن وعين عيناً له أو قدر ديناً فامتثلت . . تعلق بالعين وبكسبها في الدين**) كما إذا أذن لعبده في النكاح ، وكذلك يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن

= واعلم : أن الأمَة لو خالعت بمالٍ وشرطته إلىٰ وقت العتق . . فسد ووجب مهر المثل بعد العتق مع كونها عند الإطلاق لا تطالب به إلا بعد العتق ؛ لثبوت ذلك التأجيل بالشرع فلا تضر جهالته ، قال السبكي : وهـٰذا عجب لا يوافق مقتضى العقد ويفسده) .

(١) في هامش (ز) : (وصحح السبكي ما في « الكفاية » ، وقال في « المهمات » : إن المذكور هنا في « الروضة » غلط ، وقال الشيخ عز الدين النشائي : إنه وهم ، لـٰكن مال ولده الشيخ كمال الدين إلىٰ غير ذلك .

واعلم : أن عدم الصحة هنا لا يرجع إلى الخلع ؛ فإنه واقع ، وإنما هو بالنسبة إلى الإذن ، نبه عليه في « الكفاية » ، وهو حق لا بد منه) .

وَإِنْ أَطْلَقَ ٱلإِذْنَ . . ٱقْتَضَىٰ مَهْرَ مِثْلٍ مِنْ كَسْبِهَا . وَإِنْ خَالَعَ سَفِيهَةً ، أَوْ قَالَ : طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ فَقَبِلَتْ . . طَلُقَتْ رَجْعِيّاً ، . . . .

كان كما تقدم في الصداق ، فإن زادت على المأذون . . فالزيادة يطالب بها بعد العتق .

قال : (**وإن أطلق الإذن**) أي : لم يذكر عيناً ولا ديناً (. . **اقتضىٰ مهر مثل من كسبها**) وكذا مما في يدها من مال التجارة ؛ لأن العوض في الخلع كالمهر في النكاح ، والمهر في نكاح العبد يجب علىٰ هـٰذا الوجه فكذلك هنا .

هـٰذا إذا وافقت امرأة ، فلو خالفت فزادت عند إطلاقه علىٰ مهر المثل أو على العين في صورة التعيين . . تعلقت الزيادة بذمتها بعد العتق ، فإن لم يكن لها كسب ولا بيدها مال التجارة في هـٰذه المسألة والتي قبلها . . ثبت العوض في ذمتها إلىٰ أن تعتق ؛ لأن الطلاق بعد وقوعه لا يرتفع ، والزوج لم يوقعه مجاناً ، وهي من أهل الالتزام ، ولا سبيل إلى التزام السيد به ؛ لأن إذنه لا يقتضيه فتعين ثبوته في الذمة .

قال : (**وإن خالع سفيهة**[1] ، **أو قال : طلقتك علىٰ ألف فقبلت . . طلقت رجعياً**)[2] ؛ لعدم ثبوت المال فإنها لا تتصرف فيه ، سواء خالعت بعين أو بدين بإذن الولي أو بدونه ؛ لأنها إنما تتصرف في مالها لضرورتها دون أغراضها .

هـٰذا إذا كان بعد الدخول ، فإن كان قبله . . وقع بائناً ، قاله المصنف في « نكت التنبيه » .

فلو قال لسفيهة ورشيدة : طلقتكما علىٰ ألف فقبلتا . . بانت الرشيدة بمهر المثل في الأصح ، وطلقت السفيهة رجعياً .

---

(١) في هامش (ز) : (فلو قال لها : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق . . فللبلقيني فيه احتمالان : أرجحهما : أنها لا تطلق بالإعطاء ؛ فإنه لا يحصل به الملك ، وليست كالأمة ؛ لأن تلك يلزمها مهر المثل بخلاف السفيهة .

والاحتمال الثاني : أن ينسلخ الإعطاء عن معناه إلىٰ معنى الإقباض فتطلق رجعياً كخلع السفيهة) .

(٢) في هامش (ز) : (ومحل قولنا بوقوع الطلاق الرجعي ألا يجعل فسخاً ، فإن جعل فسخاً . . لم يقع شيء حكاه في « الكفاية » عن « التتمة ») .

فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ . . لَمْ تَطْلُقْ . . . .

مراد المصنف : السفيهة المحجور عليها بالسفه لا من سفهت بعد رشدها ولم يعد الحجر عليها ؛ فإن هـٰذه تصرفها صحيح .

تحقيق :

صورة خلع السفيهة : أن تأتي بصيغة الخلع كقولها : خالعني علىٰ كذا ، أو تقول : خالعتك علىٰ كذا ونحوه .

أما إذا قال لها : إن أبرأتني من كذا فأنت طالق فأبرأته . . فلا طلاق ولا براءة[1] ؛ لأنه تعليق علىٰ صفة ولم توجد .

وكثيراً ما يلتبس هـٰذا بخلع السفيهة ، ويفتي به من لا تحقيق لديه ، فتراه وقد سقط في يديه .

ولو قال لها : إن أبرأتني من صداقك فأذن لها أبوها في البراءة منه وقال : هي رشيدة في هـٰذا دون غيره فأبرأت . . فالصواب : لا يقع طلاق ولا براءة ؛ لأنه طلاق معلق علىٰ ما لم يحصل .

قال : (**فإن لم تقبل . . لم تطلق**) ؛ لأن الصيغة تقتضي القبول فأشبه الطلاق المعلق .

فرع :

خلع المرتدة المدخول بها موقوف إن أسلمت في العدة بان صحته ، وإلا . . فلا ؛ لانقطاع النكاح بالردة .

وكذا لو ارتد الزوج بعد الدخول ثم خالع أو أسلم أحدهما بعد الدخول ثم خالعها ، وسيأتي قبيل الفصل الثاني حكم من خالعت وارتدت .

---

(١) في هامش (ز) : (قال الإمام البلقيني : وهو كذلك كما صرح به الخوارزمي في « الكافي » في أواخر الخلع) .

وَيَصِحُّ : ٱخْتِلاَعُ ٱلْمَرِيضَةِ مَرَضَ ٱلْمَوْتِ ، وَلاَ يُحْسَبُ مِنَ ٱلثُّلُثِ إِلاَّ زَائِدٌ عَلَىٰ مَهْرِ مِثْلٍ ، وَرَجْعِيَّةٍ فِي ٱلأَظْهَرِ ، لاَ بَائِنٍ . . . .

قال : (**ويصح : اختلاع المريضة مرض الموت**)[1] ؛ لأنه صرف مال في عرض مقصود ، فهو كما لو نكح المريض أبكاراً بمهور أمثالهن وهو مستغن عنهن . . فإن ذلك جائز وينفق عليهن نفقة الموسرين .

قال : (**ولا يحسب من الثلث إلا زائد علىٰ مهر مثل**)[2] ؛ لأن الزائد تبرع كالوصية له ، ولا يكون كالوصية للوارث ؛ فإنه خرج بالخلع عن الإرث خلافاً لأبي حنيفة .

قال : (**ورجعية في الأظهر**) ؛ لأنها في حكم الزوجات فيصح الخلع ويثبت المال .

والثاني : لا يصح ؛ لزوال الملك وعدم الحاجة إلى الافتداء .

وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية فتحصل البينونة الكبرىٰ .

وإذا قلنا : لا يصح خلع الرجعية . . وقع رجعياً إذا قبلت كالسفيهة ، لـٰكن يستثنىٰ ما لو عاشرها معاشرة الأزواج بلا وطء وانقضت الأقراء أو الأشهر وقلنا : إنه يلحقها الطلاق ولا يراجعها . . فينبغي أن لا يصح خلعها ؛ لأنها بائن إلا في الطلاق .

قال : (**لا بائن**) ؛ فإنه لا يصح خلعها بالإجماع ، لأن الزوج لا يملك بضعها حتىٰ يزيله .

---

(١) في هامش (ز) : (التعبير بالنفوذ ـ كما عبر به في « المحرر » و« الروضة » و«أصلها» ـ أولىٰ من التعبير بالصحة ؛ لأن الواجب مهر المثل في بعض الصور ، ولو كان صحيحاً . . لوجب المسمىٰ ، ولو بطل . . لم يترتب عليه إبراء أصلاً ، ويحتمل أن يقال : هو صحيح حيث بانت والفاسد عوضه ، وفي كلام الشافعي والماوردي ما يؤيده) .

(٢) في هامش (ز) : (قال الرافعي : وقد جعلوا خلع المكاتبة تبرعاً ، فقضيته الاعتبار من الثلث ، وإن كان بمهر المثل أو أقل . . قال : فقال الأئمة : تصرف المريض أوسع وملكه أتم بدليل جواز صرفه المال في شهواته ونكاح الأبكار بمهور أمثالهن وإن عجز عن وطئهن وتلزمه نفقة الموسرين ، والمكاتب لا يتصرف إلا بقدر الحاجة ، وتلزمه نفقة المعسرين) .

فرع :

قالت : طلقني واحدة بألف فقال : أنت طالق واحدة وطالق ثانية وطالق ثالثة ، فإن أراد بالعوض الأولىٰ . . لم تقع الثانية والثالثة ؛ لأنها بانت بالأولىٰ ، وإن أراد بالعوض الأولىٰ والثانية . . لم تقع الثالثة ، وإن أراد به الثالثة . . طلقت ثلاثاً ؛ لأن الخلع بالثالثة موقع لما تقدمها ، قاله الماوردي .

قال : (**ويصح عوضه قليلاً وكثيراً ديناً وعيناً ومنفعة**) ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ، ولما تقدم من افتداء الربيع بجميع مالها وأجازه عثمان ، ولأنه عقد علىٰ منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح ، لـٰكن يشترط أن يكون معلوماً .

وفي « الإحياء » : أنه تكره الزيادة على المهر كمذهب أحمد ؛ جمعاً بين الأدلة ، وضابطه : ما جاز أن يكون صداقاً . . جاز هنا ، وما لا . . فلا .

فلو خالعها علىٰ حضانة ولده مدة معلومة . . جاز ، أو علىٰ إرضاعه . . فكذلك ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا انفرد كما في (الإجارة) .

فرع :

خالعها علىٰ ما في كفها ولا شيء فيه . . ففي « الوسيط » : يقع رجعياً ولا شيء عليها ، وهو شاذ مردود[1] .

---

(١) في هامش (ز) : (اعلم : أنه إذا خالع علىٰ معلوم ومجهول . . فسد المسمىٰ كله ووجب مهر المثل ، وذلك في « الروضة » و« أصلها » في آخر الباب الثاني من « الخلع » فيما لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالعها علىٰ كفالة ولده عشر سنين : ترضعه منها سنتين وتنفق تمام العشر وتحضنه ، ولم يصف النفقة والكسوة بصفات السلم إن كان ذلك مما لا يجوز السلم فيه ، قال هناك : فالمسمىٰ فاسدٌ والرجوع إلىٰ مهر المثل بلا خلاف . اهـ

وهـٰذا الخلاف ما إذا خالع علىٰ صحيح وفاسد معلوم جاء فساده من غير الجهالة ؛ فإنه=

وعن أبي حنيفة : يقع بائناً وتلزمها ثلاثة دراهم .

وقال ابن الصباغ وصاحب « البيان » و« المستظهري » : تبين بمهر المثل ، ورجحه المصنف[1] .

قال الرافعي : ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال ، والثاني إذا ظن في كفها شيئاً ، وهو قد نقل عن « فتاوى البغوي » : أن المرأة إذا اختلعت نفسها علىٰ بقية صداقها فخالعها عليه ولم يكن بقي لها شيء . . أنها تبين بمهر المثل ، فلذلك قال في « المهمات » : الصواب : التسوية[2] .

ولو قال : خالعتك علىٰ ما في هـٰذا البيت من المتاع فتبين أنه لا شيء فيه . . وجب مهر المثل قولاً واحداً .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يجب المسمىٰ في النكاح .

قال : (**ولو خالع بمجهول**) كأحد العبدين (**أو خمر . . بانت**) ؛ لما تقرر من أن العوض لا بد أن يكون معلوماً متمولاً ، فعند عدمه لا يصح العوض المسمىٰ ولـٰكن

= يفرق الصفقة . . فيصح في الصحيح ويفسد في الفاسد ويجب ما يعادله من مهر المثل ، ذكره في « الروضة » و« أصلها » في « الخلع » على الصداق قبل الدخول) .

(١) في هامش (ز) : (وفي « المهمات » : الذي ذهب إليه من الوجوب بمهر المثل كيف يجامع ما ذهب إليه هو وغيره من أن الخلع على الدم يقع رجعياً؟) .

(٢) في هامش (د) : (أي : التسوية بين المسألتين) .

وفي هامش (ز) : (وعن « فتاوى القفال » : لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمىٰ؟ فيه القولان ، ولو علمت . . نظر إن جرىٰ لفظ الطلاق كقوله : طلقتك علىٰ صداقك ، فهل يقع بائناً ويلزمها المهر أم يصح رجعياً؟ وجهان ، وإن جرىٰ لفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان ؛ بناءً علىٰ أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مالٍ؟

وفي « الكافي » للخوارزمي : إن جهل . . بانت وعليها مهر المثل ، وإن علم . . فرجعي ولا شيء عليها .

قال الإمام البلقيني : ظاهره اعتبار علم الزوج وجهله وهو الحق ، ويؤيده بحث الرافعي في مسألة المخالعة علىٰ ما في كمها) .

تحصل البينونة ؛ لأن الخلع إما فسخ أو طلاق وكلاهما لا يفسد بفساد العوض .

ومذهب الأئمة الثلاثة : أنها تبين منه في المسألتين ولا شيء عليها .

قال : (**بمهر المثل**) ؛ إذ لا مرد سواه ، ولأن قضية فساد العوض ارتداد العوض الآخر ، والبضع لا يرتد بعد حصول الفرقة .

قال : (**وفي قول : ببدل الخمر**) هما القولان فيما إذا أصدقها خمراً أو خنزيراً وقد تقدما .

وأشار بالتمثيل بالخمر إلى النجس المقصود ، فخرج الذي لا يقصد كالدم ؛ فإنه يقع رجعياً ، لأنه لم يطمع في شيء .

قال الرافعي : وقد يتوقف في هـٰذا ؛ فإن الدم قد يقصد لأغراض .

تنبيهات :

أحدها : الخلع على ما لا يقدر المختلع علىٰ تسليمه وما لا يتم ملكه عليه كالخلع على الخمر والخنزير في جريان القولين .

ولو خالعها علىٰ عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها ، أو وجد فيها صفة تخالف الصفة المشروطة . . اطرد القولان في أن الرجوع إلىٰ مهر المثل أو بذل المذكور .

الثاني : الفساد في المسألتين مختص بالعوض ، أما الخلع . . فصحيح والبينونة حاصلة .

وفي وجه ضعيف : لا تطلق مع الجهل وسائر فساد العوض بناء علىٰ أنه فسخ ، وأنه لا بد من ذكر العوض ، وقيل : يقع رجعياً .

الثالث : محل البينونة في صورة المجهول إذا لم يكن فيه تعليق أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة ، أما إذا قال : إن أبرأتني عن صداقك أو من دينك وهو مجهول فأبرأته . . لم تطلق ؛ لأن البراءة لم تصح فلم يحصل المعلق عليه الطلاق .

وَلَهُمَا ٱلتَّوْكِيلُ ، فَلَوْ قَالَ لِوَكِيلِهِ : خَالِعْهَا بِمِئَةٍ . . لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ ، فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا . . لَمْ يُطَلَّقْ ، . . . .

الرابع : يستثنىٰ خلع الكفار على الخمر ونحوه ؛ فإنه قابل للعوض عندهم فيكون الخلع به صحيحاً كما في أنكحتهم ، حتىٰ لو حصل إسلام بعد قبض الخمر . . فلا شيء له ، أو قبل قبضه . . وجب مهر المثل .

قال : (**ولهما التوكيل**) ؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع .

وقال الجويني : لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر كما إذا وكله بأن يبيع أو يشتري الخمر ، وهو قوي .

قال : (**فلو قال لوكيله : خالعها بمئة . . لم ينقص منها**) شيئاً ؛ لأنه دون المأذون فيه ، وأفهم جواز الزيادة عليها وهو كذلك[1] إن كان من الجنس كمئة وعشرة قطعاً ، وكذا من غيره كمئة وثوب في الأصح .

قال : (**وإن أطلق . . لم ينقص عن مهر مثل**) كما لو أطلق الإذن في البيع . . لا ينقص عن ثمن مثله .

وصورة الإطلاق أن يقول : خالع لي بمال ، وكذا لو لم يذكر مالاً وقلنا : مطلق الخلع يقتضي المال .

قال : (**فإن نقص فيهما . . لم يطلق**) المراد : أنه نقص في المقدر عنه وفي المطلق عن مهر المثل ، فاتفق الأصحاب علىٰ أنه لا يقع الطلاق فيهما ؛ لأن ذلك كمخالفة النص ، وهـٰذا الذي صححه في « المحرر » تبعاً للخوارزمي وصاحب « الذخائر » واختاره الشيخ[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (وقد خرموا بذلك مع خرمهم في التوكيل بالمنع من معين يمنع الزيادة علىٰ ما عين ، وعلته قصد المحاباة وهي أبته هنا ذكره الإمام البلقيني وقال : إلا أن يفرق بأن الزوج متعين أبداً بخلاف المشتري ، فإذا عينه . . ظهر قصد المحاباة) .

(٢) في هامش (ز) : (وعبارة الرافعي في « الكبير » : رجح صاحب « التهذيب » عدم الوقوع ، وكأنه أقوىٰ توجيهاً ، لـٰكن العراقيون والروياني وغيرهم رجحوا الوقوع .

وعبارة « الصغير » : رجح بعضهم الوقوع ، والأقوى المنع ، فإليه ذهب البغوي ، وفي=

وَفِي قَوْلٍ : يَقَعُ بِمَهْرِ مِثْلٍ . وَلَوْ قَالَتْ لِوَكِيلِهَا : ٱخْتَلِعْ بِأَلْفٍ فَٱمْتَثَلَ . . نَفَذَ ، فَإِنْ زَادَ فَقَالَ : ٱخْتَلَعْتُهَا بِأَلْفَيْنِ مِنْ مَالِهَا بِوَكَالَتِهَا . . بَانَتْ وَيَلْزَمُهَا مَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلأَكْثَرُ مِنْهُ وَمِمَّا سَمَّتْ . . . .

قال : (**وفي قول : يقع بمهر مثل**) ؛ لأن الخلل وقع في العوض فلا يرتد به الطلاق كما لو خالعها الزوج علىٰ عوض فاسد ، وهـٰذا هو الذي صححه في « الروضة » و« تصحيح التنبيه » ، وملخص ما في المسألة خمسة أقوال :

أصحها : أن الخلع باطل والطلاق غير واقع .

والثاني : ينفذ بمهر المثل .

والثالث : يتخير بين المسمىٰ ومهر المثل .

والرابع : يتخير بين المسمىٰ وجعل الطلاق رجعياً .

والخامس : إن رضي بالمسمىٰ ، وإلا . . امتنع الطلاق .

قال : (**ولو قالت لوكيلها : اختلع بألف فامتثل . . نفذ**) ؛ لوقوعه كما أمر به ، وأفهم أنه إذا خالع بما دونه . . صح من باب أولىٰ ، وهل يتسلط الوكيل علىٰ تسليم الألف من غير إذن جديد؟ وجهان .

قال : (**فإن زاد فقال : اختلعها بألفين من مالها بوكالتها . . بانت**) ؛ لأن الطلاق يقع مع فساد الخلع كما يقع مع صحته .

وقال المزني : لا يقع الطلاق ؛ للمخالفة كما إذا زاد وكيل الرجل ، وخطأه الماوردي وغيره ، وجعله الإمام قولاً مخرجاً .

وحكى الحناطي قولاً ثالثاً : إنه يقع رجعياً ولا مال بحال .

قال : (**ويلزمها مهر مثل**) ؛ لأنه المرجوع إليه عند فساد العوض ، سواء كان زائداً علىٰ ما سمت للوكيل أم ناقصاً .

قال : (**وفي قول : الأكثر منه ومما سمت**) ؛ لأن مهر المثل إن كان أكثر . . فهو المرجوع إليه عند فساد المسمىٰ ، وإن كان الذي سمته أكثر . . فقد رضيت به .

= « المهمات » الفتوىٰ علىٰ ما في « الروضة » استناداً للأكثرين) .

وَإِنْ أَضَافَ ٱلْوَكِيلُ ٱلْخُلْعَ إِلَىٰ نَفْسِهِ. . فَخُلْعُ أَجْنَبِيٍّ وَٱلْمَالُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ. . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّتْ وَعَلَيْهِ ٱلزِّيَادَةُ . . . .

هكذا أطلق هٰذا القول الأكثرون ، وحرره المراوزة والرافعي فاستثنوا منه ما إذا زاد مهر المثل علىٰ ما سماه الوكيل. . فلا تجب زيادة علىٰ ما سماه[1] ؛ لأن الزوج رضي به ، ولو زاد مسماها علىٰ ما سماه الوكيل. . أوجبوا مسماها لرضاها .

وفي قول ثالث : إنه إذا زاد الوكيل. . فالمرأة بالخيار ، إن شاءت. . أجازت ما سمى الوكيل ، وإن شاءت. . ردت وعليها مهر المثل ، وقيل : أكثر الأمرين .

وفي قول رابع ـ حكاه الحناطي ـ : يقع الطلاق رجعياً .

قال : (**وإن أضاف الوكيل الخلع إلىٰ نفسه. . فخلع أجنبي والمال عليه**) هٰذا تفريع علىٰ صحة خلع الأجنبي وهو الأصح ، أما إذا لم يصححه. . فظاهر كلامهم : أنه لا يجب شيء أيضاً .

قال الشيخ : ويحتمل أن يقال : هو هنا وكيل وقد أضاف إلىٰ نفسه فبطلت الإضافة وبقي التصرف بالوكالة كما لو لم يضف إلىٰ نفسه ، ويجب مهر المثل أو الأكثر على القولين .

قال : (**وإن أطلق. . فالأظهر : أن عليها ما سمت**) ؛ لأنها لم ترض بأكثر منه .

قال : (**وعليه الزيادة**)[2] ؛ لأن اللفظ مطلق والصرف إليه ممكن وكأنه افتداها بما سمت وتبرع بزيادة من عنده .

والثاني : عليه أكثر الأمرين من مهر المثل وما سمت ؛ لأنه عقد لها فأشبه ما إذا

---

(١) في هامش (ز) : (أي : الصواب في حكاية هٰذا القول : أن الواجب الأكثرُ من المأذون فيه ومن أقل الأمرين مما سماه الوكيل ومهر المثل) .

(٢) في هامش (ز) : (كذا ذكره « الحاوي » ، وقال السبكي : قد يتوهم من عبارة « المنهاج » وغيره أن الوكيل ليس عليه إلا الزيادة علىٰ ما سمت وليس كذلك ، وعبارة الرافعي توضحه ؛ فإنه قال : ثبت على الوكيل ما سماه ، وفيما عليها منه قولان ، فإيجاب المسمىٰ بكماله على الوكيل لا نزاع فيه ـ أعني مسمى الوكيل ـ لأنه التزمه بعقده ، وقال البلقيني : قوله : « أطلق » أي : اللفظ ، ولٰكنه لا بد أن ينويهما كما صرح به في « النهاية ») .

وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ ذِمِّيّاً وَعَبْداً وَمَحْجُوراً عَلَيْهِ بِسَفَهٍ . وَلاَ يَجُوزُ تَوْكِيلُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي قَبْضِ ٱلْعِوَضِ . وَٱلأَصَحُّ : صِحَّةُ تَوْكِيلِهِ ٱمْرَأَةً لِخُلْعِ زَوْجَتِهِ أَوْ طَلاَقِهَا . . . .

أضاف إليها ، فإن بقي شيء مما سماه الوكيل . . فعلى الوكيل ، فإن أضاف ما سمته إليها والزيادة إليه . . وجب كذلك جزماً .

قال : (**ويجوز توكيله ذمياً**) أي : بوكيل المخالع سواء كان وكيل الزوجة أو الزوج ؛ لأن الذمي قد يخالع المسلمة ويطلقها وذلك إذا أسلمت الزوجة وتخلف الزوج فخالعها في العدة ثم أسلم . . فإنه يحكم بصحة الخلع .

وتعبيره بـ(الذمي) يخرج الحربي وليس كذلك ؛ فإنه يصح كما نص عليه في « المختصر » ، فلو عبر بالكافر . . كان أحسن .

قال : (**وعبداً ومحجوراً عليه بسفه**) مكاتباً كان العبد أو غيره ؛ لأنه لا يتعلق بالوكيل هنا عهدة ، وكل من العبد والسفيه لو خالع لنفسه . . صح فجاز أن يكون وكيلاً عن غيره ، وعلىٰ هـٰذا : لا يشترط إذن السيد والولي .

قال : (**ولا يجوز**) أي : لا يصح (**توكيل محجور عليه في قبض العوض**) ؛ لعدم أهليته لذلك ، فإن فعل . . كان مضيعاً لماله وتبرأ الذمة بالدفع إليه ، كذا أطلقه المتولي ، ولم يتعقبه الرافعي بتقييد ، وهو مقيد[1] بما إذا كان معيناً أو غير معين وعلق الطلاق به ، فإن خالع بمال في ذمتها . . لم يصح القبض[2] .

قال : (**والأصح : صحة توكيله امرأة لخلع زوجته أو طلاقها**) ؛ لأنه لو قال لامرأته : طلقي نفسك فطلقت . . جاز ووقع الطلاق ، وذلك إما تمليك أو توكيل .

إن كان توكيلاً . . فذاك ، أو تمليكاً . . فكما يجوز أن تتملك الطلاق يجوز أن توكل فيه .

والثاني : لا ؛ لأن المرأة لا تستقل بالطلاق فلا توكل فيه ، لـٰكن يستثنىٰ ما إذا أسلم علىٰ أكثر من أربع ثم وكل امرأة في طلاق بعضهن . . فإنه لا يصح على الأصح ؛

---

(١) في هامش (ز) : (المقيد له هو السبكي) .
(٢) في هامش (ز) : (لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، فإذا ثبت . . كان على المرأة ، ويبقىٰ حق الزوج في ذمتها) .

وَلَوْ وَكَّلاَ رَجُلاً . . تَوَلَّىٰ طَرَفاً ، وَقِيلَ : طَرَفَيْنِ .

فَصْلٌ :

ٱلْفُرْقَةُ بِلَفْظِ ٱلْخُلْعِ طَلاَقٌ ، . . . .

لتضمنه الاختيار للنكاح ، ولا يصح توكيلها فيه فكذا اختيار الفراق ، ولا خلاف أنه يجوز أن توكل المرأة امرأة في اختلاعها .

قال : (**ولو وكلا رجلاً . . تولىٰ طرفاً**) كسائر العقود .

قال : (**وقيل : طرفين**) ؛ لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب والإعطاء من جانب ، كما إذا علق على الإعطاء . . فأعطت .

وعلىٰ هـٰذا : ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف كبيع مال ولده من نفسه .

تتمة :

قالت : اختلعني بما استصوبته فاختلعها علىٰ مال في ذمتها أو علىٰ صداق لها في ذمة الزوج . . جاز ، ولو اختلعها علىٰ عين مال من أموالها . . لم يجز ؛ لأن الإذن ينصرف إلى الذمة في العادة لا إلى الأعيان ، كما إذا قال : اشتر لي عبداً بما شئت . . ينصرف إلىٰ ما في الذمة لا إلى العين .

قال : (**فصل :**

الفرقة بلفظ الخلع طلاق) فتنقص العدد ؛ لأنه لفظ لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقاً كما لو قال : أنت طالق علىٰ ألف ، ولأن الله تعالىٰ ذكره بين طلاقين في قوله تعالىٰ : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ . . . ﴾ الآية ، فدل علىٰ أنه ملحق بهما .

واختار هـٰذا القول صاحب « التهذيب » وقال في « النهاية » : إن الفتوىٰ عليه ، ونقله المحب الطبري في « أحكامه » عن أكثر أهل العلم .

وروى ابن أبي شيبة [٤/ ٨٤] عن عثمان رضي الله تعالىٰ عنه أنه قضىٰ به .

وروى الدارقطني [٤/ ٤٥] بسند ضعيف : (أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة) .

وَفِي قَوْلٍ : فَسْخٌ لاَ يَنْقُصُ عَدَداً . فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : لَفْظُ ٱلْفَسْخِ كِنَايَةٌ . . . .

واحترز عن الفرقة بلفظ الطلاق إذا كان بلا عوض ؛ فإنه طلاق بالاتفاق ، وموضع الخلاف إذا لم يقصد بالخلع الطلاق[1] ، فإن قصده.. كان طلاقاً قطعاً ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين .

قال : (**وفي قول : فسخ لا ينقص عدداً**) فيجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر ؛ لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فيكون فسخاً كما لو اشترىٰ زوجته ، ولأنه فرقة بتراضي الزوجين فوجب أن يكون فرقة فسخ ، وهـٰذا هو القديم المنصور في الخلاف ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد في رواية ، واختاره الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والقفال وابن خزيمة وابن المنذر والشيخ وآخرون .

وعلىٰ هـٰذا : يكون لفظ الخلع صريحاً فيه ، وهو مذهب ابن عمر وابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وداوود وأصحابه ، وإليه ذهب أحمد ، وأفتىٰ به الشيخ تاج الدين الفزاري وولده .

والقول الثالث : إنه ليس بشيء ؛ أي : لا تحصل به فرقة طلاق ولا فسخ كسائر كنايات الطلاق ، وهـٰذا نص عليه في « الأم » ، وقال الإمام والروياني : إنه ظاهر المذهب .

قال : (**فعلى الأول : لفظ الفسخ**) كقوله : فسخت نكاحك بألف (**كناية**) أي : في الطلاق ، ولأنه لم يرد في القرآن العظيم ولم يستعمل عرفاً فيه فلا يكون صريحاً .

وليس المراد أنه كناية في الخلع ؛ فإن اللفظ لا يكنىٰ به عن لفظ آخر ، بل المراد : أنه كناية في الفرقة بعوض ، وهي التي يعبر عنها بلفظ الخلع ، ويحكم عليها بأنه طلاق .

وهي التي وردت في امرأة ثابت بن قيس ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام لم يذكر لفظ الخلع ، وإنما ذكر الفرقة ، وإنما ورد لفظ الفسخ من كلام ابن عباس وغيره واشتهر في ألسنة العلماء .

---

(١) في هامش (ز) : (ولا يخفىٰ أن محل الخلاف إذا لم يقدر بالخلع لفظ طلاق ، أما لو قال : خالعتك علىٰ طلقة بألفٍ.. فهو طلاق بلا خلاف) .

وَٱلْمُفَادَاةُ كَخُلْعٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَفْظُ ٱلْخُلْعِ صَرِيحٌ ، وَفِي قَوْلٍ : كِنَايَةٌ . فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : لَوْ جَرَىٰ بِغَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ . . وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**والمفاداة كخلع في الأصح**) ؛ لورود القرآن به ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ولفظه فديتك بألف .

والثاني : أنه كناية ، وبه قطع بعضهم ؛ لأنه لم يتكرر في القرآن ولم يشتهر اشتهار الخلع ولا شاع في ألسنة حملة الشرع .

قال : (**ولفظ الخلع صريح**) أي : في الطلاق فلا يفتقر إلىٰ نية ؛ لاشتهاره في ذلك ، وعلىٰ هـٰذا فتصير صرائح الطلاق أربعة[1] ، والمراد مع ذكر المال ، فإن لم يذكر المال معه . . كان كناية على الأصح[2] .

قال : (**وفي قول : كناية**) تفتقر إلى النية ، ونص عليه في « البويطي » و« الأم » في مواضع .

قال القاضي حسين والإمام والغزالي : إنه ظاهر المذهب ، ولأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هـٰذا منها ، ويؤيده ما رجحه المصنف أن الاشتهار لا يقتضي الصراحة ، وهـٰذا هو الراجح نقلاً ودليلاً .

قال : (**فعلى الأول : لو جرىٰ بغير ذكر مال . . وجب مهر مثل في الأصح**) ؛ لاطراد العرف بجريان الخلع علىٰ مال ، ولأنه لو جرىٰ علىٰ خمر ونحوه . . أوجب المال فكذا عند الإطلاق كالنكاح .

---

(١) في هامش (ز) : (بل خمسة بالمفاداة) .

(٢) في هامش (ز) : (وهو الذي في « أصل الروضة » فقال : وإذا قلنا لفظ الخلع صريح . . فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره . . فكناية على الأصح ، وكذا في « تصحيح التنبيه » : أن لفظ الخلع مع العوض صريح في الطلاق ، وجعل ابن النقيب كلام « الروضة » مخالفاً لقول « المنهاج » : « وجب مهر المثل في الأصح » ، والحق أنه لا منافاة بينهما ؛ فإنه ليس في « المنهاج » أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مراده أنه جرىٰ بغير ذكر مالٍ مع وجود مصحح له وهو اقتران النية به ، ويدل علىٰ ذلك أنه في « الروضة » عقب ما تقدم عنه قال : وهل . . . إلخ) .

وَيَصِحُّ بِكِنَايَاتِ ٱلطَّلَاقِ مَعَ ٱلنِّيَّةِ وَبِٱلْعَجَمِيَّةِ . وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكِ نَفْسَكِ بِكَذَا ، فَقَالَتِ : ٱشْتَرَيْتُ . . فَكِنَايَةُ خُلْعٍ . . . .

والثاني : لا يجب ؛ لأنه لم يذكر ولم يلتزم فيقع رجعياً ، وهو ما أورده البغوي ، وهـٰذا لا يختص بالأول ، بل ولو قلنا بالثاني ونوى الخلع . . فكذلك ، فإن لم ينو . . لغا ، وإذا نوىٰ بالخلع عدداً ، فإن جعلناه طلاقاً . . صح ، أو فسخاً . . لغا ؛ لأن الفسخ لا يتعدد .

قال : (**ويصح بكنايات الطلاق مع النية**) سواء جعلناه طلاقاً أو فسخاً ، فإن نوى الطلاق أو الفسخ . . وقع ما نواه ، ولا بد من نية الزوجين معاً ، فإن لم ينويا أو أحدهما . . لم يصح .

قال : (**وبالعجمية**) وكذا سائر اللغات كغيره من العقود ، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في النكاح ؛ لانتفاء اللفظ المتعبد به .

قال : (**ولو قال : بعتك نفسك بكذا ، فقالت : اشتريت . . فكناية خلع**) أشار إلىٰ أن ألفاظ البيع والشراء والإقالة كنايات في الخلع ، سواء جعل طلاقاً أو فسخاً كما لو قال : بعت نفسك منك بكذا فقالت : اشتريت أو قبلت ، أو قال : أقلتك بكذا فقالت : انقلت ، وهـٰذا مستثنىً من قاعدة : (ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه . . لا يكون كناية في غيره) .

وقال القاضي في « الأسرار » : هو صريح فيه إذا جعلناه فسخاً .

قال الرافعي : وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج وبيع المهر بالطلاق من جهة الزوجة يعبر بهما عن الخلع فيكونان كنايتين أيضاً .

وعن أبي عاصم العبادي : أن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح .

ورأىٰ إسماعيل البوشنجي أن ينزل قوله : بعتك طلاقك بذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتىٰ لو طلقت في المجلس . . لزم المال ووقع الطلاق ، قال : وإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منهما من غير نية الطلاق منه . . فهو تصرف فاسد والنكاح باق بحاله .

وَإِذَا بَدَأَ بِصِيغَةِ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَّقْتُكِ ، أَوْ خَالَعْتُكِ بِكَذَا وَقُلْنَا : ٱلْخُلْعُ طَلَاقٌ . . فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيقٍ ، فَلَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا . وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهَا بِلَفْظٍ . . .

قال : وإسماعيل البوشنجي إمام غواص من المتأخرين ، لقيه من لقيناه ، توفي المذكور بهراة سنة ست وثلاثين وخمس مئة .

قال : (**وإذا بدأ بصيغة معاوضة كطلقتك ، أو خالعتك بكذا وقلنا : الخلع طلاق . . فهو معاوضة**) ؛ لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يخرج عن ملكه .

قال : (**فيها شوب تعليق**) ؛ لأن وقوع الفراق ترتب علىٰ قبول المال أو بدله ، كما يترتب الطلاق المعلق بالشرط عليها ، ولـٰكن المغلب المعاوضة .

واحترز بقوله : (وقلنا : الخلع طلاق) عما إذا قلنا : فسخ ؛ فهو معاوضة محضة من الجانبين لا مدخل للتعليق فيه ، بل هو كابتداء المبيع .

وقوله : (بدأ) هو بالهمزة بمعنىٰ : ابتدأ ، وهو المراد هنا ، وأما بترك الهمز . . فبمعنىٰ : ظهر ، وقوله : (شوب) سيأتي التنبيه عليه .

قال : (**فله الرجوع قبل قبولها**) ؛ تغليباً لحكم المعاوضات كالبيع ، ولم يخالف في ذلك إلا العبادي في « الزيادات » ؛ فإنه لم يجوز له الرجوع ؛ رعاية لمعنى التعليق .

قال : (**ويشترط قبولها بلفظ**) كقولها : قبلت أو اختلعت أو ضمنت لك .

قال ابن الرفعة : هـٰذا إذا قلنا : المعاطاة لا ينعقد بها البيع ونحوه ، فإن قلنا : ينعقد . . فقد يقال : يكفي أن تأتي ببدل يدل على القبول والرضا مطلقاً .

وقد يقال : لا يكفي ؛ لأن قوله : (طلقتك علىٰ ألف) يقتضي إثبات ألف في الذمة ، والمعاطاة إنما هي موضوعة للأعيان ، فالمبذول حينئذ غير ما تعلق به الطلاق فلا يقع ، لـٰكن ظاهر قوله : (بلفظ) أنه لا يكفي إعطاؤها المال من غير لفظ فيما إذا قال : أنت طالق علىٰ ألف فأعطته على الفور ، وقد قال ابن الصباغ والمتولي والروياني : يقع به الطلاق ؛ لأنه طلقها علىٰ ألف فكيف حصلت له . . وقع بها الطلاق .

غَيْرِ مُنْفَصِلٍ . فَلَوِ ٱخْتَلَفَ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ كَطَلَّقْتُكِ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ بِأَلْفَيْنِ وَعَكْسِهِ ، أَوْ طَلَّقْتُكِ ثَلَاثاً بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِثُلُثِ ٱلْأَلْفِ . . فَلَغْوٌ . وَلَوْ قَالَ : طَلَّقْتُكِ ثَلَاثاً بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ . . فَٱلْأَصَحُّ : وُقُوعُ ٱلثَّلَاثِ . . . .

وكلام الصيدلاني يقتضي أن ذلك منصوص للشافعي ، واستغربه في « الجواهر » ، وجوز أن يكون مفرعاً علىٰ صحة المعاطاة .

قال : (**غير منفصل**) فلو تخلل زمن طويل أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت . . لا يصح ولا يقع الطلاق ، وهـٰذا يسمىٰ مجلس التواجب ، ومثله مذكور في البيع في الاتصال بين الإيجاب والقبول ، وهو أقصر من مجلس الخيار الذي في البيع .

لـٰكن هل يشترك في الخلع من الاتصال ما يشترط في البيع ، أو يكون أوسع قليلاً لما فيه من جهة التعليق؟ كلام الأكثرين يشير إلى الأول ، وفي كلام بعضهم ما يشير إلى الثاني ، والمرجع في جميع ذلك إلى العرف ، ولا يضر الفصل اليسير جزماً .

قال : (**فلو اختلف إيجاب وقبول كطلقتك بألف فقبلت بألفين وعكسه ، أو طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بثلث الألف . . فلغو**) كنظيره من البيع .

وفي « الشامل » : لو قال : أنت طالق بألف فقبلت بألفين . . صح ولا يلزمها إلا الألف ؛ لأنه لم يوجب إلا ألفاً[1] .

قال : (**ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بألف . . فالأصح : وقوع الثلاث**) ؛ لأنها وافقت في العوض ، وقبولها إنما يحتاج إليه للمال ، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج ، بخلاف ما لو باع عبدين بألفٍ فقبل أحدهما بالألف . . فالأصح : أنه لا يصح ؛ لأن الملك مقصود المشتري والطلاق لا يدخل في ملك المرأة ، هـٰكذا علله الرافعي وغيره .

قال الشيخ[2] : ولك أن تقول : وإن لم يدخل الطلاق في ملكها . . فلها غرض في أن لا تحصل البينونة الكبرىٰ ؛ لتتمكن من الرجوع إليه من غير محلل ، فكان ذلك الغرض كالملك مقصوداً لها .

---

(١) في هامش (ز) : (مستثناة مما تقدم) .

(٢) في هامش (ز) : (انظر هـٰذا عند قوله : ولو طلبت طلقة بألف . . فطلق) .

وَوُجُوبُ أَلْفٍ . وَإِنْ بَدَأَ بِصِيغَةِ تَعْلِيقٍ كَمَتَىٰ أَوْ مَتَىٰ مَا أَعْطَيْتِنِي . . فَتَعْلِيقٌ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ لَفْظاً وَلاَ ٱلإِعْطَاءُ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، . . . .

وقال ابن الحداد : لا يقع إلا واحدة ؛ لأن الطلاق كالمعلق بقولها ، وهي لم تقبل إلا واحدة فلم يقع غيرها ، كما أنها لو لم تقبل شيئاً . . لم يقع شيء .

وقال المتولي : لا يقع شيء ؛ لأن الإيجاب والقبول لم يتفقا فلا تصح المعاوضة كالبيع .

قال : (**ووجوب ألف**) أي : والأصح : أنه تجب ألف ؛ لأن الإيجاب والقبول متعلقان به وواردان ، عليه ، وقال ابن سريج : يجب مهر المثل ويفسد العوض ؛ لاختلاف الصيغة .

قال : (**وإن بدأ بصيغة تعليق كمتىٰ أو متىٰ ما أعطيتني . . فتعليق**) أي : محض من جانبه لا نظر فيه إلىٰ شبهة المعاوضة ؛ لأنه من صرائح ألفاظ التعليق ، فلا يقع الطلاق من غير تحقق الصفة كسائر التعليقات .

ولهٰذا : لو جن عقبه . . لم تبطل بجنونه ولو كان معاوضة محضة . . لبطل بطرآن الجنون قبل تمامه ، وإنما سوىٰ بين (متىٰ) و(متىٰ ما) ؛ لأن (ما) صلة للتأكيد ، ومثلها (أي وقت) و(أي حين) و(أي زمان) .

قال : (**فلا رجوع له**) أي : قبل الإعطاء كما لا يرجع عن التعليق إذا خلا عن العوض في نحو : إن دخلت الدار . . فأنت طالق .

قال : (**ولا يشترط القبول لفظاً ولا الإعطاء في المجلس**) فإن أعطته أكثر . . وقع الطلاق قطعاً .

ونقل الماوردي عن بعض أئمة العراق : أنها لا تطلق ، ومراده : بعض الحنفية فظنه ابن يونس بعض العراقيين منا فحكاه وجهاً ، وهو وهم نبه عليه ابن الرفعة ، والعجب أنه وقع له نظير ذلك فيما تقدم في قوله : (لٰكن تكره حربية . . .) كما تقدم التنبيه عليه .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ ، أَوْ إِذَا أَعْطَيْتِنِي . . فَكَذَلِكَ ، لَـٰكِنْ يُشْتَرَطُ إِعْطَاءٌ عَلَى ٱلْفَوْرِ . .

فائدة :

(متىٰ) : تقتضي الفور في النفي ، وتقتضي التراخي في الإثبات ، وسببه : دلالتها علىٰ أي زمان كان مما دخلت عليه ، فإذا قال : متىٰ لم تعطني ألفاً فأنت طالق فمضىٰ زمن يمكن فيه الإعطاء فلم تعطه . . طلقت ، قاله الماوردي وغيره .

قال : (**وإن قال : إن ، أو إذا أعطيتني . . فكذلك**) أي : لا يحتاج إلى القبول في المجلس ولا رجوع له ؛ إلحاقاً بـ(متىٰ) في هـٰذين الحكمين .

وفي « التهذيب » وجه : أنه يجوز الرجوع قبل الإعطاء ، وهو الذي أورده صاحب « المهذب » .

ومذهب أحمد : أن كلمة (إن) بمثابة (متىٰ) في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء ، وهو وجه لبعض الأصحاب .

هـٰذا حكم (إن) المكسورة ، وأما المفتوحة . . فإنها تطلق في الحال بائناً ، قاله الماوردي .

قال : وكذلك الحكم في (إذ) ؛ لأنها لما مضىٰ من الزمان .

قال : (**لـٰكن يشترط إعطاء على الفور**) ؛ لأن ذكر العوض قرينة تقتضي التعجيل ، وإنما تركت هـٰذه في نحو (متىٰ) ؛ لأنها صريحة في جواز التأخير شاملة لجميع الأوقات ، و(إن) و(إذا) بخلافها .

والمراد بـ(الفور) : مجلس التواجب ، وهو ما يرتبط فيه الإيجاب بالقبول ، كما نبه عليه في « المحرر » ، وقيل : يكفي الإعطاء قبل التفرق .

قال في « التتمة »[1] : ومحل الفور في الحرة ، فأما الأمة . . فلا ، بل أي وقت أعطته . . طلقت ؛ لأنها لا يد لها في الغالب ولا ملك ، وإذا أعطته من كسبها . . طلقت ووجب رده للسيد وعليها مهر المثل إذا عتقت[2] .

---

(١) في هامش (ز) : (ونقله عنه في « الروضة » و« أصلها ») .

(٢) في هامش (ز) : (لـٰكن الشيخان بعد أن نقلا ذلك عنه حكيا عن البغوي : أنها لا تطلق؛ لأنها=

. . . .

نعم ؛ لو قال للأمة : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق . . وجب الفور ، وأنكر ابن الرفعة مقالته وقال : لا فرق بين الحرة والأمة[1] .

فائدة :

في « الكفاية » : أن (مهما) كـ(متىٰ) ، قال الشيخ : (ومقتضاه : أنه إذا قال : مهما أعطيتني ألفاً فأنت طالق . . يجوز التراخي ، وفي « النهاية » ما يقتضيه أيضاً ، قال : وفيه نظر ؛ لأن (متىٰ) اسم زمان و(مهما) اسم شرط لا دلالة لها على الزمان ، ولا تستعمل إلا مع عود ضمير عليها كقوله تعالىٰ : ﴿ مَهْمَا تَأْتِنَا بِهِۦ مِنْ ءَايَةٍ ﴾ ، أو مع فعل مفرع للعمل كقوله : مهما أعطيتني أعطيتك مثله ، فعمومها في ذلك الشيء في زمان الفعل المتعلق به ، فالتركيب الذي قلنا : إنه مقتضىٰ كلامه . . لا يجوز عند النحاة ، وإذا قاله عامي . . ينبغي أن يشترط الفور ، لأن وقوع الطلاق معه محقق وبدونه مشكوك فيه ، والأصل استمرار العصمة) اهـ

ويشير إلىٰ هـٰذا قول الزمخشري في تفسير الآية : إن هـٰذه الكلمة من عداد الكلمات التي يحرفها من لا يد له في علم العربية فيضعها غير موضعها ، ويحسب (مهما) بمعنىٰ (متىٰ ما) ويقول : مهما جئتني أعطيتك ، وهـٰذا من وضعه لا من كلام واضع العربية في شيء ، ثم يذهب فيفسر ﴿ مَهْمَا تَأْتِنَا بِهِۦ مِنْ ءَايَةٍ ﴾ بمعنى الوقت ، فيلحد في آيات الله تعالىٰ وهو لا يشعر ، وهـٰذا وأمثاله مما يوجب الحبو بين يدي الناظر في « كتاب سيبويه » .

فرع :

قال لزوجته : إن أبرأتني من صداقك فأنت طالق فأبرأته عالمة به . . وقع بائناً ، كذا

= أعطته مالاً يملك ، وبالأول قال القاضي حسين) .

(١) في هامش (ز) : (وكذا أنكرها الإمام البلقيني ، قال : والمبعضة والمكاتبة والمأذون لها في التجارة كالحرة ولا يأتي فيهن خلاف المتولي) .

وَإِنْ بَدَأَتْ بِطَلَبِ طَلَاقٍ فَأَجَابَ . . فَمُعَاوَضَةٌ مَعَ شَوْبِ جَعَالَةٍ فَلَهَا ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ . وَيُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوَابِهِ . . . .

قاله القاضي حسين والخوارزمي ، هـٰذا إذا علما قدر الصداق ، فإن لم يعلما . . وقع رجعياً .

ولو قالت : إن طلقتني فأنت بريء من صداقي فطلقها هل يقع رجعياً أو بائناً بمهر المثل؟ وجهان : جزم بالأول القاضي حسين في « تعليقه » ، وأفتىٰ بالثاني ، كذا نقله الرافعي بعد أن قرر في الباب الرابع الأول ؛ لأن الجديد : أن تعليق الإبراء لا يصح ، فطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وأفتى الغزالي أيضاً بالثاني ، وكذلك ابن الصلاح ، وجزم به صاحب « الكافي » ، وقال ابن أبي الدم : إنه الحق .

قال : (**وإن بدأت بطلب طلاق فأجاب . . فمعاوضة**) ؛ لأنها تملك البضع بما يبذله من العوض ، سواء كان (من) بصيغة تعليق مثل : إن طلقتني أو متىٰ طلقتني فلك ألف ، أم لا كطلقني بألف .

قال : (**مع شوب جعالة**) ؛ لأن الزوج يستقل بالطلاق كما أن المجعول له يستقل بالعمل ، وهي تبذل المال في مقابلة الطلاق كما يبذل الجاعل المال في مقابلة العمل ، وكل منهما إذا وقع . . حصل الغرض .

وعبر المصنف بقوله : (شوب) وفي « المحرر » : شائبة ، وهو يرىٰ أن (شوب) أصوب فلذلك عبر به ، وقد تقدم في (الصلح) مثله لـٰكن قال : التعبير بشائبة تصحيف ، والصواب : أنه تحريف .

قال : (**فلها الرجوع قبل جوابه**) ؛ لأن هـٰذا حكم المعاوضات والجعالات جميعاً[1] .

قال : (**ويشترط فور لجوابه**) أي : في مجلس التواجب في الصيغ الثلاث

---

(١) في هامش (ز) : (قال ابن الرفعة : رأيت في « الأم » ما ينازع في جواز رجوعها ، قال السبكي : وأنا رأيته أيضاً ، وجزم الغزالي والرافعي بجوازه ، فلينظر ما يقتضيه كلام باقي الأصحاب) .

وَلَوْ طَلَبَتْ ثَلاَثاً بِأَلْفٍ ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً بِثُلُثِهِ . . فَوَاحِدَةٌ بِثُلُثِه . . . .

المتقدمة ؛ جرياً علىٰ قاعدة التعليقات ، فإن طلق متراخياً . . فهو مبتدىء لا يستحق به عوضاً ، ويقع رجعياً .

تنبيه :

سكوته عن تطابق الإيجاب والقبول هنا يدل علىٰ أنه لا يشترط وهو كذلك ، فلو قالت : طلقني بألف فقال : طلقتك بخمس مئة . . وقع بها على الصحيح ، كما لو قال : رد عبدي بألف فقال : أرده بخمس مئة ورده . . لا يستحق إلا خمس مئة .

قال : (**ولو طلبت ثلاثاً بألف**) أي : وهو يملك الثلاث عليها (**فطلق واحدة بثلثه . . فواحدة بثلثه**) سواء أعاد ذكر المال أو اقتصر على الطلاق ، كما لو قال : رد عبيدي الثلاثة ولك ألف فرد واحداً . . استحق ثلث الألف ، وهـٰذا مخالف لكون اختلاعها معاوضة ، فلو قال المصنف : لـٰكن لو طلبت . . لنبه علىٰ ذلك ، ووقوع الواحدة بثلث الألف لا يختص بهـٰذه الصورة بل لو اقتصر علىٰ قوله : طلقتك واحدة . . وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف ، وليس كما إذا قال الزوج : طلقتك ثلاثاً علىٰ ألف فقبلت واحدة بثلثه ؛ حيث لا يقع شيء ، لأن ما أتىٰ به الزوج صيغة معاوضة فجرىٰ عليه أحكام المعاوضات ، وليس فيه شبه من الجعالة . . فلم تجر عليه أحكامها .

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً : أنها إذا سألت الثلاث فطلق واحدة . . لا يقع عليه شيء ، وغلط قائله .

وفي وجه ثالث : تقع واحدة بمهر المثل .

وفي رابع : تقع واحدة بثلث مهر المثل .

وصورة المسألة : إذا كان يملك الثلاث ، فإن لم يملك إلا واحدة . . فسيأتي في كلام المصنف ، فالمسألة مذكورة هنا لأجل اختلاف السؤال والجواب بالنسبة إلىٰ حقيقة العقد وما فيه من الشوائب ، وهناك لأجل العدد المسؤول ، واختلاف السؤال

وَإِذَا خَالَعَ أَوْ طَلَّقَ بِعِوَضٍ . . فَلاَ رَجْعَةَ ، فَإِنْ شَرَطَهَا . . فَرَجْعِيٌّ وَلاَ مَالَ ، . . .

والجواب فيه بالنسبة إلىٰ تقابل العوضين ، ولا فرق عندنا بين أن يقول : بألف ، أو : علىٰ ألف ، أو : ولك ألف .

وعكس المسألة : لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلق ثلاثاً . . استحق الألف ، وعلى الأصح : لو طلقها طلقتين . . استحق ثلثي الألف .

وإن طلق طلقة ونصفاً فهل يستحق ثلثي الألف أو نصفه؟ وجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : الثاني ، فجزم الشيخان هنا بوقوع طلقتين وصرحا في (باب عدد الطلاق) في هـٰذه الصورة بوقوع طلقة ، كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق واحدة ونصفاً . . فلا تقع إلا واحدة ؛ لأن الطلاق بعوض كهو قبل الدخول .

والصحيح في المسألة المذكورة : أن الخلع فاسد كما صرحا به في آخر الفصل الرابع ، فيكون الوجهان في أن يستحق ثلثي مهر المثل أو نصفه .

قال : (**وإذا خالع أو طلق بعوض . . فلا رجعة**) سواء كان العوض صحيحاً أو فاسداً ، جعلناه فسخاً أو طلاقاً ؛ لأن الله تعالىٰ ذكر الطلاق بغير عوض وشرع معه الرجعة ، ثم ذكره بعوض ولم يذكر بعده رجعة وجعله فدية ، والافتداء إنما يكون بالخلاص والاستنقاذ ؛ لأنها ملكت بضعها بالخلع كما ملك الزوج بضعها بالنكاح ، وملك الزوج العوض في مقابلته ، هـٰذا قول جمهور العلماء .

وجوز أبو حنيفة للمخالع الرجعة كما أن العتق يوجب الولاء والعوض فيه لا يمنع ، فكذلك العوض في الطلاق لا يمنع الرجعة .

والجواب : أن الولاء لازم للعتق وليس فيه ما يمنع مقصوده ، والرجعة تمنع مقصود الطلاق البائن[1] .

قال : (**فإن شرطها . . فرجعي ولا مال**) ؛ لأن شرط المال والرجعة متنافيان فيسقطان ويبقىٰ مجرد الطلاق .

(١) في هامش (ز) : (قد يدخل في عبارته ما لو خالعها بعوض علىٰ أنه متىٰ شاء رده وكان له الرجعة ، وقد نص فيه الشافعي على البينونة بمهر المثل ، وجزم به بعضهم ؛ لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتىٰ سقطت . . لا تعود ، وقيل بطرد الخلاف) .

وَفِي قَوْلٍ : بَائِنٌ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ . وَلَوْ قَالَتْ : طَلِّقْنِي بِكَذَا وَٱرْتَدَّتْ فَأَجَابَ : إِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ بَعْدَهُ وَأَصَرَّتْ حَتَّى ٱنْقَضَتِ ٱلْعِدَّةُ . . بَانَتْ بِٱلرِّدَّةِ وَلاَ مَالَ ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا . . طَلُقَتْ بِٱلْمَالِ . وَلاَ يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلاَمٍ يَسِيرٍ بَيْنَ إِيجَابٍ وَقَبُولٍ . .

قال : (**وفي قول : بائن بمهر المثل**) كما إذا طلق حاملاً بشرط أن لا عدة عليها ولا نفقة لها . . فإنه يفسد الشرط وتبين بمهر المثل ، واختار هـٰذا المزني والإمام والغزالي ، وفي المسألة طريقة قاطعة بالأول رجحها الأكثرون .

وعند أبي حنيفة وأحمد : يصح الخلع ويثبت المسمىٰ .

قال : (**ولو قالت : طلقني بكذا وارتدت فأجاب : إن كان قبل دخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة . . بانت بالردة ولا مال**) ؛ لانقطاع النكاح بالردة في الحالين[1] ، هـٰذا إذا أجابها بعد الردة ، فإن أجابها قبلها . . طلقت ووجب المال ، فلو وقعا معاً . . فيظهر أنها تبين بالردة .

قال المتولي : ومثله لو سألته فارتد .

قال : (**وإن أسلمت فيها . . طلقت بالمال**) ؛ لأنا تبينا صحة الخلع .

قال : (**ولا يضر تخلل كلام يسير بين إيجاب وقبول**)[2] يعني : في هـٰذا الباب ، سواء كان الكلام منه أو منها ؛ لأنه لا يعد في العرف معرضاً عما هو فيه .

---

(١) في هامش (ز) : (وهـٰذا خرج بالعطف بالفاء ، وخرج ما إذا وقعا معاً ، وقال السبكي في هـٰذه الأخيرة : تظهر بينونتها بالردة ، ولم أره للأصحاب) .

(٢) في هامش (ز) : (وهو يتناول ما لو كان أجنبياً عن العقد وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » و« أصلها » في « الخلع » و« الطلاق » ، ولـٰكن مقتضىٰ كلامه في « البيع » وكذا في « الخلع » : إن تخلل الكلام اليسير الأجنبي . . يقدح ، ويرافقه قول « شرح المهذب » في « البيع » : ولو تخللت كلمة أجنبية . . بطل العقد ، وكذا في « أصل الروضة » في الكلام على الخطبة في أوائل « النكاح » .

ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق بالعقد ولا يستحب فيه . . بطل العقد على الأصح ، وحيث قلنا : إن الكلام الأجنبي يضر فمحله إذا كان من الخاطب المطلوب منه الجواب ، فإن كان من المتكلم . . فوجهان ، واقتضىٰ إيراد الرافعي : أن المشهور أنه لا يضر ، ثم حكىٰ عن البغوي التسوية بينهما) .

فَصْلٌ :

قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَوْ وَلِي عَلَيْكِ كَذَا وَلَمْ يَسْبِقْ طَلَبُهَا بِمَالٍ . . وَقَعَ رَجْعِيٌّ قَبِلَتْ أَمْ لاَ ، وَلاَ مَالَ ، . . . .

ومراده بـ(الإيجاب والقبول) : الاستيجاب والإيجاب ، لٰكن يغتفر في البيع ما لا يغتفر في النكاح ، ويغتفر في الخلع ما لا يغتفر في البيع .

وضابط الفصل اليسير : ما لا يشعر بالإعراض ، وقال القاضي حسين : يرجع فيه إلى العرف .

تتمة :

خلع المرتدة بعد الدخول موقوف ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة . . تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمىٰ ، وإن أصرت إلى انقضائها . . بان بطلانه ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الوثنيين ثم تخالعا .

وأطلق المتولي : أنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين ؛ لأن الملك كالزائل .

قال : (**فصل :**

قال : أنت طالق وعليك أو ولي عليك كذا ولم يسبق طلبها بمال . . وقع رجعي)

أي : وهو رجعي (**قبلت أم لا ، ولا مال**) ؛ لأنه أوقع الطلاق وعطف عليه جملة يخبر فيها : أن له عليها كذا ، ولم يحصل منها سبق استدعاء لذلك ، ولا ما يقتضي التزاماً ، فتلغو هٰذه الجملة ولا يتأثر بها الطلاق وهٰذا بخلاف ما لو قالت : طلقني وعلي ألف فطلقها . . حيث يقع الطلاق بائناً بالألف على الصحيح ؛ لأن الذي يتعلق بالمرأة من هٰذا العقد التزام المال فيحمل اللفظ منها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق ، فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة . . حمل كلامه علىٰ ما ينفرد به .

وما أطلقه المصنف والأصحاب قيده المتولي بما إذا لم يشتهر استعمال ذلك في الالتزام عرفاً ، فإن اشتهر . . كان إيجاباً صحيحاً .

فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ مَا يُرَادُ بِطَلَّقْتُكِ بِكَذَا وَصَدَّقَتْهُ . . فَكَهُوَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَإِنْ سَبَقَ . . بَانَتْ بِٱلْمَذْكُورِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنَّ لِي عَلَيْكِ كَذَا . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَطَلَّقْتُكِ بِكَذَا ، فَإِذَا قَبِلَتْ . . بَانَتْ وَوَجَبَ ٱلْمَالُ . . . .

قال : (**فإن قال : أردت ما يراد بطلقتك بكذا وصدقته . . فكهو في الأصح**) أي : يقع بائناً بذلك المسمىٰ ، ويكون المعنىٰ : ولي عليك عوضاً عنه ؛ لأن ذلك لا ينحط عن الكنايات في اقتضاء العوض .

والثاني : أن توافقهما علىٰ ذلك لا يؤثر ؛ لأن اللفظ لا يصلح للالتزام .

واحترز بقوله : (ووافقته)[1] عما إذا لم توافقه . . فلا يلزمها المال قطعاً ، سواء قبلت أم لا ، ويقع الطلاق ظاهراً مؤاخذة له .

وقوله : (كهو) تقدم أنه ضعيف في الصناعة .

قال : (**وإن سبق**) أي : طلبها بمال (**بانت بالمذكور**) ؛ لأنه لو اقتصر علىٰ قوله : طلقتك . . كان كذلك ، فقوله : (وعليك ألف) إن لم يكن مؤكداً . . لا يكون مانعاً .

وصورته : أن تقول : طلقني بألف ، فإذا قال : أنت طالق وعليك ألف . . بانت بالألف ، ويؤيد كون هـٰذه صورةَ المسألة أن الضمير في سبق عائد إلىٰ طلبها بمال .

ثم ما جزم به من البينونة محله إذا قصد جوابها ، فإن قال : قصدت به ابتداء الطلاق دون الجواب ليروم الرجعة . . فالقول قوله بيمينه ويقع رجعياً ، قاله الإمام .

وإن سكت عن التفسير . . فالظاهر : أنه يجعل جواباً كما لو قال البائع : بعت بكذا فقال : اشتريت .

ولو ادعىٰ سبق طلبها فأنكرت . . صدقت في عدم المال ولا رجعة له مؤاخذة له بقوله .

قال : (**وإن قال : أنت طالق علىٰ أن لي عليك كذا . . فالمذهب : أنه كطلقتك بكذا ، فإذا قبلت**) أي : في مجلس التواجب (. . **بانت ووجب المال**) ؛ لأن

---

(١) لعل الصواب : (وصدقته) ؛ لأنه الموافق لما هو في المتن .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَضَمِنَتْ عَلَى ٱلْفَوْرِ . . بَانَتْ وَلَزِمَهَا ٱلأَلْفُ ، وَإِنْ قَالَ مَتَىٰ ضَمِنْتِ ، فَمَتَىٰ ضَمِنَتْ . . طَلُقَتْ ، وَإِنْ ضَمِنَتْ دُونَ ٱلأَلْفِ . . لَمْ تُطَلَّقْ ، وَلَوْ ضَمِنَتْ أَلْفَيْنِ . . طَلُقَتْ ، وَإِنْ قَالَ : طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ أَوْ عَكْسُهُ . . بَانَتْ بِأَلْفٍ ، . . . . . .

(علىٰ) للشرط فجعل كونه عليها شرطاً ، فإذا ضمنت في الحال . . وقع الطلاق وجرىٰ ذلك مجرىٰ قوله : أنت طالق علىٰ ألف ، هـٰذا هو الصواب المعتمد .

ويقابل المذهب قول الغزالي : إنه يقع رجعياً ولا يثبت المال ؛ لأن الصيغة صيغة شرط ، والشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن من مقتضياته كما إذا قال أنت : طالق علىٰ أن لك علي كذا .

قال : (**وإن قال : إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، فضمنت على الفور . . بانت ولزمها الألف**) ؛ لوجود الشرط والعقد المقتضي للإلزام إيجاباً وقبولاً .

والمراد بـ(الفور) : مجلس التواجب كما تقدم ، فلو قالت : شئت أو قبلت بدل ضمنت . . لم يقع ؛ لأن الضمان المعلق عليه لم يوجد ، وليس المراد هنا الضمان المحتاج إلىٰ أصالة ؛ فذلك عقد مستقل مذكور في بابه ، ولا التزام في المبتدأ ؛ لأن ذلك لا يصح إلا في النذر ، وإنما المراد هنا : التزام بقبولٍ علىٰ سبيل العوض ، ولذلك لزم ؛ لأنه في ضمن عقد لا عقد مستقل .

قال : (**وإن قال : متىٰ ضمنت ، فمتىٰ ضمنت . . طلقت**) ؛ لأن هـٰذا اللفظ صريح في التراخي لا يحتمل سواه بدليل أنه لو قال : متىٰ أعطيتني الساعة . . كان محالاً .

قال : (**وإن ضمنت دون الألف . . لم تطلق**) ؛ لعدم الصفة المعلق عليها .

قال : (**ولو ضمنت ألفين . . طلقت**) ؛ لأنها طابقت وزادت ، بخلاف ما لو قال : طلقتك علىٰ ألف فقبلت بألفين ؛ لأنها صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الإيجاب والقبول .

قال : (**وإن قال : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فقالت : طلقت وضمنت أو عكسه . . بانت بألف**) ؛ لأن أحدهما شرط في الآخر فيعتبر اتصاله ، فهما قبول واحد

وَإِنِ ٱقْتَصَرَتْ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا . . فَلاَ . وَإِذَا عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ مَالٍ فَوَضَعَتْهُ بَيْنَ يَدَيْهِ . . طَلُقَتْ ، . . . .

فاستوىٰ تَقَدُّمُ أحدهما وتأخيره[1] .

وقال الماوردي : يشترط تقدم الضمان ؛ لأنه جعله شرطاً في الطلاق والشرط مقدم على المشروط ، فإن طلقت قبل الضمان . . لم تطلق .

قال ابن الرفعة : وهو يوافق قوله فيما إذا قال : إن أحببت فراقي فأمرك بيدك ، فلا بد أن تقول : أحببت فراقك ثم تطلق نفسها ، فلو طلقت نفسها قبل ذلك . . لم ينفذ .

وأفهمت عبارة المصنف : أنه لا بد من قبولها على الفور في الأصح .

وقيل : يكفي مجلس العقد المعتبر في خيار المجلس في البيع .

وقيل : لها أن تطلق نفسها متىٰ شاءت .

قال الرافعي : ولم يختلفوا في اشتراط الضمان في المجلس ، واشتراطه فيه دون التطليق مشكل ؛ فإنه مجرد وعدٍ لا التزام فيه .

قال : (**وإن اقتصرت علىٰ أحدهما . . فلا**) ؛ لأنه فوض إليها التطليق في المجلس وجعل له شرطاً فلا بد من التطليق وشرطه .

قال : (**وإذا علق بإعطاء مال فوضعته بين يديه . . طلقت**) سواء قبضه الزوج أم لا ؛ لأنه إعطاء عرفاً ، ولهـٰذا يقال : أعطاني فلم آخذ ، ومنه خرجوا المعاطاة في البيع .

وقيل : لا بد من التسليم والتسلم ؛ لأن ذلك مدلوله لغة .

وسكت المصنف عما إذا تناوله منها بيده ؛ فإن ذلك لا يخفىٰ حكمه ، كما لا يخفىٰ أن ما وضع بين يديه شرطه أن يكون متمكناً من أخذه ، فلو تعذر عليه ذلك بحبس أو جنون . . لم تطلق .

---

(١) في هامش (ز) : (قد يقال : هـٰذا محض شرط والأول في شائبة المعاوضة) ، وفي هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَٱلْأَصَحُّ : دُخُولُهُ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَقْبَضْتِنِي . . فَقِيلَ : كَٱلْإِعْطَاءِ ، وَٱلْأَصَحُّ : كَسَائِرِ ٱلتَّعْلِيقِ فَلاَ يَمْلِكُهُ ، . . . .

فروع :

قال : (إن أعطيت زيداً . . .) فهي صفة محضة ، فمتىٰ أعطته . . طلقت .

ولو قال : إن جئتني بألف فأنت طالق . . حكىٰ أبو ثور عن الشافعي أنه مثل : إن أعطيتني فتختص بالمجلس ، وقال أبو حنيفة : لا تختص ، قال الصيدلاني : ولعله مذهبنا ؛ إذ مقتضاه أن تفارق المجلس ثم تجيء به .

ولو قال : متىٰ أعطيتني ألفاً فأنت طالق فبعثت به علىٰ يد وكيل لها وقبضه الزوج . . لم يقع الطلاق ؛ لأن الشرط إعطاؤها ، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، ولو حضرت بنفسها وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سلمه إليه فسلمه إليه . . وقع الطلاق .

ولو قال : أنت طالق إذ أعطيتني ألفاً ، فـ(إذ) ظرف لما مضىٰ . . فتطلق في الحال بائناً ؛ لاعترافه ، ولها مطالبته بالألف إذا أنكرت ذلك .

ولو قال : أنت طالق أن أعطيتني ـ بالفتح ـ طلقت في الحال ، فإن طالبت بألف عند إنكارها الخلع . . لزمه ردها ، قالهما الماوردي .

قال : (**والأصح : دخوله في ملكه**) أي : قهراً بمجرد الوضع ؛ لأن التطليق يقتضي الوقوع عند الإعطاء ، ولا يمكن إيقاعه مجاناً ، فإذا ملكت العوض بوقوع الطلاق . . فمن ضرورته دخول العوض في ملك الزوج ؛ لأن ملك العوضين متقارنان .

والثاني : لا يدخل في ملكه ؛ لأن حصول الملك من غير لفظ تملك من جهتها بعيد ، فيرد المعطىٰ ويرجع إلىٰ مهر المثل ، قال الغزالي : وهو منقاس لـٰكنه غريب .

قال : (**وإن قال : إن أقبضتني . . فقيل : كالإعطاء**) فيأتي فيه ما سبق ؛ لأن ذكره يشعر بقصد تحصيله .

قال : (**والأصح : كسائر التعليق فلا يملكه**) ؛ لأنه صفة محضة ، بخلاف الإعطاء ؛ فإنه إذا قيل : أعطاه عطية . . فهم منه التمليك ، وإذا قيل : أقبضه . . لم يفهم منه ذلك .

وَلاَ يُشْتَرَطُ لِلإِقْبَاضِ مَجْلِسٌ . قُلْتُ : وَيَقَعُ رَجْعِيّاً ، وَيُشْتَرَطُ لِتَحَقُّقِ ٱلصِّفَةِ أَخْذٌ بِيَدِهِ مِنْهَا وَلَوْ مُكْرَهَةً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ ، . . . .

قال : (**ولا يشترط للإقباض مجلس**) ؛ لأنه صفة محضة كالتعليق بدخول الدار ، وقيد المتولي قول الأصحاب : (الإقباض لا يقتضي التمليك) بما إذا لم يسبق منها التماس ، فإن سبق كطلقني بألف فقال : إن قبضت منك ألفاً فأنت طالق . . فهو كالإعطاء ، قال في « الروضة » : وما قاله متعين ، وقال في « الشرح الصغير » : لا خلاف فيه .

قال الشيخ : والذي قاله الرافعي والمصنف هنا من أنه لا يشترط للإقباض مجلس هو المعتمد ، والذي صرحا به قبل ذلك بنحو ورقة من عدم اشتراطه يجب تأويله .

قال : (**قلت : ويقع رجعياً**) كما لو قال : إن دخلت الدار .

قال : (**ويشترط لتحقق الصفة أخذ بيده منها ولو مكرهة والله أعلم**) هـٰذان الحكمان وهم رحمه الله تعالىٰ فيهما ، أما اشتراط الأخذ بيده . . فلم يذكره في « الشرح » و« الروضة » إلا في : (إن قبضت منك) لا في (أقبضتني) ، وكأن المصنف أخذ ذلك من (أقبضتني) من تصريح الرافعي فيها بأنه لا يكفي الوضع بين يديه ، لـٰكن قال ابن الرفعة : لم أر اشتراط القبض في (إن أقبضتني) لغير الغزالي ، والذي في كتب الأصحاب : أن ذلك في صيغة (إن قبضت منك) وبينهما فرق ، بل صرح الإمام بأنه لا يشترط فقال : وإذا قال : إن أقبضتني فجاءت به ووضعته بين يديه . . فهـٰذا إقباض ، ولا يشترط في تحقق الإقباض أن يقبضه .

وأما حكمه بالوقوع فيما إذا أخذه منها مكرهة . . فسهو أيضاً ؛ لأن المسألة ليست مفروضة في التعليق بالقبض ، إنما هي في التعليق بالإقباض .

وعلىٰ هـٰذا فإن فرض الإكراه من أجنبي . . فلا شك في عدم وقوع الطلاق ؛ لأن الإقباض ؛ الاختياري لم يوجد منها ، والإقباض بالإكراه الملغىٰ شرعاً لا اعتبار به ، وإن كان من الزوج . . فالحق عدم الوقوع أيضاً ، أماالتعليق بالقبض . . فإن الصفة وجدت فيه فيترتب عليها مقتضاها ولا أثر لكونها مكرهة .

واحترز بقوله : (منها) عما إذا قبضه من وكيلها . . فلا يقع شيء .

وَلَوْ عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ عَبْدٍ وَوَصَفَهُ بِصِفَةِ سَلَمٍ ، فَأَعْطَتْهُ لاَ بِالصِّفَةِ . . لَمْ تَطْلُقْ ، أَوْ بِهَا مَعِيباً . . فَلَهُ رَدُّهُ وَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : قِيمَتُهُ سَلِيماً . وَلَوْ قَالَ : عَبْداً . . طَلُقَتْ بِعَبْدٍ ، إِلاَّ مَغْصُوباً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَهُ مَهْرُ مِثْلٍ ، . . . .

قال : (**ولو علق بإعطاء عبد ووصفه بصفة سلم ، فأعطته لا بالصفة . . لم تطلق**) ؛ لعدم وجود المعلق عليه .

قال : (**أو بها**) أي : بالصفة (**معيباً . . فله رده**) أي : إذا اختار ؛ فإن له خيار الرد بالعيب كما في البيع والسلم لأن الإطلاق يقتضي السلامة .

والثاني : لا يرده بل يأخذ أرش عيبه .

قال : (**ومهر مثل**) يعني : إذا رده كان له ذلك ؛ لفساد العوض .

قال : (**وفي قول : قيمته سليماً**) وهو مبني علىٰ أن بدل الخلع في يد الزوجة مضمون ضمان عقد أو ضمان يد ، وقد تقدم .

وصورة مسألة الكتاب : إن تعلق بالإعطاء كما مثل المصنف ، بخلاف ما إذا قال لامرأته : طلقتك أو خالعتك علىٰ عبد صفته كذا فأعطته عبداً بتلك الصفة وكان معيباً . . فله الرد والمطالبة بعبد سليم ؛ لأنه إذا خالعها أو طلقها علىٰ عبد موصوف . . يثبت العبد الموصوف في الذمة ، فإذا سلمته وخرج معيباً . . رده وطالب بالسليم كما في عقد السلم ، وهنا لم يثبت في الذمة شيء ، وإنما يعلق الطلاق بالإعطاء وتعين ذلك العبد بالسليم فكان كما لو تعين في العقد ، وهـٰذه الصورة كمسألة الكتابة الآتية في بابها حيث قال : (وإن خرج معيباً . . فله رده وأخذ بدله) .

قال : (**ولو قال : عبداً . . طلقت بعبد ، إلا مغصوباً في الأصح ، وله مهر مثل**) المراد أنه قال : إن أعطيتني عبداً . . فأنت طالق ولم يصفه ولم يعينه ، فأعطته أيَّ عبد كان . . طلقت إذا كان مملوكاً لها ؛ لوجود الصفة ، ولا يملكه الزوج ؛ لأن المجهول لا يصلح عوضاً فوجب الرجوع إلىٰ عوض البضع وهو مهر المثل .

وفي وجه : يقع الطلاق رجعياً ؛ لأنها لم تسأله الطلاق بعوض .

وعلى المذهب : لا فرق بين أن يكون العبد المعطىٰ سليماً أو معيباً ، ولا بين القن والمدبر والمعلق العتق بصفة ، فلو أعطته مكاتباً . . لم يقع الطلاق ، وإن أتت

وَلَوْ مَلَكَ طَلْقَةً فَقَطْ فَقَالَتْ : طَلِّقْنِي ثَلاَثاً بِأَلْفٍ ، فَطَلَّقَ ٱلطَّلْقَةَ . . فَلَهُ أَلْفٌ ، وَقِيلَ : ثُلُثُهُ ، وَقِيلَ : إِنْ عَلِمَتِ ٱلْحَالَ . . فَأَلْفٌ ، وَإِلاَّ . . فَثُلُثُهُ ، . . . .

بعبد مغصوب أو مشترك بينها وبين غيرها أو قال : إن أعطيتني ألف درهم فأتت بدراهم مغصوبة . . فوجهان :

أصحهما : لا يقع الطلاق ؛ لأن الإعطاء يعتمد التمليك ، وهـٰذا لا يمكن تمليكه فلا يجزىء .

والثاني : يكون الحكم كما لو أتت بما تملكه فيقع الطلاق ، ويرجع إلىٰ مهر المثل ؛ لأن الزوج لا يملك المدفوع ، ولو كان ملكاً لها . . فلا معنىٰ لاعتبار الملك .

قال الرافعي : وهـٰذان الوجهان يطردان في العبد المرهون والمستأجر من غيره ، وطردهما في المستأجر ينبغي أن يكون تفريعاً علىٰ منع بيعه ، ويكون الصحيح وقوع الطلاق به وعدم طرد الوجهين فيه ، وبذلك صرح المصنف في « الروضة » .

ولو قال : إن أعطيتني هـٰذا العبد المغصوب فأعطته . . وقع على الأصح ؛ لأن التصريح بالغصب يدل علىٰ أنه لم يقصد ملكه .

ولو قال : إن أعطيتني هـٰذا الحر فأنت طالق . . فثلاثة أوجه :

أصحها : يقع الطلاق بائناً بمهر المثل .

والثاني : لا يقع .

والثالث : يقع رجعياً ، وكان حق المصنف أن يقول : طلقت بكل عبد ؛ لأجل الاستثناء بعده ؛ فإنه لا يكون إلا من عام .

قال : (**ولو ملك طلقة فقط فقالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلق الطلقة . . فله ألف ، وقيل : ثلثه ، وقيل : إن علمت الحال . . فألف ، وإلا . . فثلثه**) وجه ما صححه المصنف والجمهور : أنه حصل بالواحدة مقصود الثلاث وهو البينونة الكبرىٰ ، وهـٰذا منصوص « المختصر » ، وبه قطع جماعة .

واعترض عليه المزني فقال : ينبغي أن لا يستحق الألف ؛ توزيعاً للمسمىٰ على العدد المسؤول كما لو كان يملك الثلاث ، والحرمة لم تثبت بتلك الطلقة ، بل بها وبما قبلها ، وهـٰذا كما قال الشافعي : السكر لا يحصل بالقدح الأخير بل به وبما

وَلَوْ طَلَبَتْ طَلْقَةً بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ بِمِئَةٍ. . وَقَعَ بِمِئَةٍ، وَقِيلَ: بِأَلْفٍ ، وَقِيلَ : لاَ يَقَعُ .

قبله ، فيكون حكم ما قبله في التحريم حكمه ، وكما قال فيما إذا فقأ عين الأعور : لا يجب إلا نصف الدية ؛ لأن العمىٰ إنما حصل به وبما قبله .

ووافق المزنيَّ علىٰ ذلك طائفةٌ فقالوا : يلزمها ثلث الألف ، سواء علمت المرأة ما بقي من الطلاق أم لم تعلم ، وأولوا النص .

وقال ابن خيران والإصطخري : نصه محمول علىٰ أن الخلع فسخ ، قال الرافعي : وهٰذا الكلام غير مخمر ؛ فإن الخلاف في أن الفراق علىٰ مال فسخ أو طلاق موضعه إذا لم يجر لفظ الطلاق ، وهنا المسؤول الطلاق ، والجواب بالطلاق .

وعن ابن سريج وأبي إسحاق أنهما توسطا فقالا : إن كانت عالمة أنه لم يبق إلا واحدة . . استحق تمام الألف ، وهو المراد من النص ، وإن لم تكن عالمة . . فتوزع كما قاله المزني .

ونقل الحناطي قولاً رابعاً : إن المسمىٰ يبطل ويرجع إلىٰ مهر المثل .

وخامساً : إنه لا شيء له ؛ لأنه لم يطلقها كما سألت .

قال : (**ولو طلبت طلقة بألف ، فطلق بمئة . . وقع بمئة**) ؛ لأنه قادر على الطلاق بغير عوض فأولىٰ أن يقدر عليه ببعض العوض المبذول ، وقد رضي به فلا يزاد عليه .

قال : (**وقيل : بألف**) ؛ لأنه لا يحتاج إلىٰ قبول الألف ، بل يكفي أن يطلقها ؛ لأنه لو اقتصر علىٰ قوله : أنت طالق . . كفىٰ وٱستحق الألف ، فيعمل بذلك ويلغو قوله : بمئة .

قال : (**وقيل : لا يقع**) ؛ لأن الجواب لم يوافق الخطاب ، فأشبه ما إذا قال : أنت طالق بألف فقبلت بمئة . . لا يقع .

تنبيه :

أهمل المصنف من « المحرر » قوله هنا : ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال : أنت طالق ثلاثاً . . وقع الثلاث واستحق الألف ، ولو أعاد ذكر الألف فقال : أنت طالق ثلاثاً بألف . . فكذا على الأظهر . اهـ

وَلَوْ قَالَتْ : طَلِّقْنِي غَداً بِأَلْفٍ ، فَطَلَّقَ غَداً أَوْ قَبْلَهُ . . بَانَتْ بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ ، وَقِيلَ فِي قَوْلٍ : بِٱلْمُسَمَّىٰ . . . .

أما الأولىٰ : فبالقياس على الجعالة ، وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً .

وأما الثانية : فكما لو لم يقل بألف ؛ لأنه بمعناه .

ثم هل الألف التي يستحقها الزوج في مقابلة الثلاث أو في مقابلة واحدة؟ فيه وجهان .

قال الشيخان : ولا تتعلق بهـٰذا الخلاف فائدة حكمية ، قال في « المهمات » : بل له فائدتان :

إحداهما : إذا وكل وكيلاً في طلاق زوجته طلقتين مجاناً وواحدة بما شاء من العوض فسألته طلقة علىٰ ألف فأوقع ثلاثاً ، فإن قلنا : الألف في مقابلة الواحدة . . وقع الثلاث ، وإن قلنا : الألف في مقابلة الثلاث . . فلا تقعان ، وأما الباقية . . فالأصح : تقع بثلث الألف .

والثانية : إذا أذنت لشخص في وفاء ما يخص الطلقة المسؤول عليها ، أو ضمن شخص عن المرأة ذلك ، أو أبرأ الزوج زوجته عنه .

قال : (**ولو قالت : طلقني غداً بألف ، فطلق غداً أو قبله . . بانت**) ؛ لأنه إن طلق في الغد . . فقد حصل المقصود ، أو قبله . . فقد حصَّله وزيادة ، فأشبه ما إذا قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً به ، فإن طلق بعده . . وقع رجعياً ؛ لأنه خالف ما ذكرته ، فكان مبتدئاً .

قال : (**بمهر المثل**) ؛ لأنه سلم في الطلاق ، والطلاق لا يثبت في الذمة ، وإذا فسدت الصيغة . . يرجع **بمهر المثل** .

قال : (**وقيل في قول : بالمسمىٰ**) أشار إلىٰ أن في المسألة طريقين :

أصحهما : القطع بما تقدم .

والثانية : فيها قولان :

أحدهما : مهر المثل .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتِ ٱلدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلفٍ ، فَقَبِلَتْ وَدَخَلَتْ . . طَلُقَتْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ بِٱلْمُسَمَّىٰ ، وَفِي وَجْهٍ أَوْ قَوْلٍ : بِمَهْرِ ٱلْمِثْلِ . . . .

والثاني : ببدل المسمىٰ كالقول فيما إذا خالع علىٰ خمر أو مغصوب .

ومقتضىٰ كلام المصنف : أنه لا فرق بين أن يعلم فساد الخلع أم لا ، لـٰكن القاضي حسين والبغوي والمتولي خصوه بالجاهل ، فإن علم فساده . . وقع رجعياً إن لم يذكر مالاً ، فإن ذكر . . فمبتدىء ، وضعفه الإمام وقال : لا حاصل له ، والذي قطع به الأصحاب البينونة بمهر المثل ، سواء علم الفساد أم جهله .

قال : (**وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق بألف ، فقبلت ودخلت . . طلقت على الصحيح**) ؛ لوجود المعلق عليه .

والثاني : لا تطلق ؛ لأن المعاوضات لا تقبل التعليق فيمتنع ثبوت المال ، وإذا لم يثبت . . لا تطلق ؛ لارتباطه بالمال .

وفي قوله : (فقبلت) إشارة إلى اشتراط القبول على الفور ، وفيه احتمال للقفال : أنها بالخيار بين أن تقبل في الحال أو عند وجود الصفة .

قال (**بالمسمىٰ**) ؛ تجويزاً للاعتياض عن الطلاق المعلق كما يجوز عن المنجز .

قال : (**وفي وجه أو قول : بمهر المثل**) ؛ لأن المعاوضات لا تقبل التعليق ، فيفسد العوض دون الطلاق ؛ لقبوله التعليق ، وإذا فسد العوض . . وجب مهر المثل .

وترددُ المصنف في أنه وجه أو قول تبع فيه « المحرر » ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » ترجيح أنه وجه ، والصواب : أنه قول كما في « الحاوي » و« التهذيب » وغيرهما ، وهو منسوب إلىٰ رواية الربيع .

واقعة :

في « فتاوى ابن الصلاح » : رجل طلق زوجته طلقة رجعية ثم حضر إلى العاقد ليكتبها ويراجعها فقال له ـ وهو لا يعلم بتقدم الطلاق ـ : قل لها : خالعتك علىٰ ما في صداقك ، فقال لها ذلك فقالت : قبلت وهو يريد الطلقة الماضية لا إنشاء طلقة أخرىٰ .

قال : الخلع باطل وله مراجعتها في العدة ، والقول قوله في دعواه أن الخلع وقع كذلك[1] .

قال : (**ويصح اختلاع أجنبي ، وإن كرهته الزوجة**) كما يصح التزام المال لعتق السيد عبده ، وقد يكون له فيه غرض بأن كان الزوج ظالماً بإمساكها أو يسيء عشرتها أو يمنع حقوقها فأراد المختلع تخليصها .

وصحة الخلع مع الأجنبي مفرع علىٰ أنه طلاق ؛ فإن الطلاق أمر يستقل به الزوج فجاز أن يسأله الأجنبي علىٰ مال كما إذا قال : ألق متاعك في البحر وعليَّ كذا ، فأما إذا قلنا : إنه فسخ . . فلا ، وإلىٰ صحة خلع الأجنبي ذهب جمهور العلماء ، ومنعه أبو ثور محتجاً بأن بذل المال لغرض غيره سفه .

وأجيب بأنه قد يكون له غرض بأن يراهما لا يقيما حدود الله ، أو لرغبة الأجنبي في نكاحها وقد يستنكر ذلك ، ويجاب عنه بأن سعد بن الربيع قال لعبد الرحمن بن عوف : انظر أي زوجتيَّ شئت أنزل لك عنها ، فإذا فرض مثل هـٰذا بقصد صالح . . فلا بأس به ، ولم يعد الأصحاب قول أبي ثور هـٰذا وجهاً في المذهب ؛ لضعف مستنده وإن كانت العادة عد قوله وجهاً .

وأخذ الشيخ من خلع الأجنبي جواز أن يبذل الرجل مالاً لمن بيده وظيفة يستنزله به عنها إما لنفسه أو لغيره ، ويحل له أخذ العوض ويسقط حقه منها ، ويبقى الأمر في ذلك إلىٰ ناظر الوظيفة يفعل فيها ما تقتضيه المصلحة شرعاً .

فلو شرط النازل حصولها للمنزول له . . لم يجز ، فإن فرض أن الذي بيده الوظيفة ليس أهلاً لها . . كان أخذه العوض حراماً ؛ لأنه يجب عليه الخروج عنها مجاناً .

---

(١) في هامش (و) : (وفيها : أنه لو كان لها علىٰ زوجها دين حال فقال : إن أبرأتني من صداقك وأخرت دينك علي إلىٰ آخر السنة فأنت طالق ، فقالت : أبرأتك وأخرت الدين . . يبرأ من الصداق إذا كان معلوماً ولم يكن تحت حجر ، إلا أن يكون المراد من تأخير الدين تأخيراً يصير به مؤجلاً ، فحينئذ يكون عوضاً فاسداً ؛ إذ المال لا يتأجل فيصير خلعاً فاسداً يجب لها به مهر المثل ، ويبقىٰ عليه الصداق والدين) .

وَهُوَ كَٱخْتِلاَعِهَا لَفْظاً وَحُكْماً . وَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَخْتَلِعَ لَهُ . . . .

وأما النزول بغير عوض بل علىٰ سبيل الهبة . . فيجوز أخذاً من هبة سودة نوبتها كما تقدم .

وأما النزول علىٰ جهة التتابع وأن يكون المنزول له يترتب له حق في مقابلة العوض . . فباطل ؛ لما فيه من الغرر من بذل المال في مقابلة شيء غير موثوق به .

قال : (**وهو كاختلاعها لفظاً وحكماً**) فيكون من جانب الزوج معاوضة فيها شوب تعليق ، ومن جانب الأجنبي معاوضة فيها شوب جعالة ، فلو قال له : طلق امرأتك ولك عليَّ كذا أو علىٰ كذا فطلق . . وقع بائناً ولزمه المال ، وكذا لو قال : بهـٰذا العبد أو بهـٰذا الثوب .

ولو قال هو للأجنبي : طلقتُ امرأتي ولي عليك كذا . . وقع الطلاق رجعياً ، ولو اختلعها عبد بيت المال في ذمته كما لو اختلعت الأمة نفسها ، ولو اختلعها سفيه . . وقع رجعياً ، لـٰكن يرد علىٰ قوله : (وحكماً) ثلاث صور :

إحداها : تحريمه ؛ فإنها إذا سألت ذلك في الحيض لا يحرم بخلاف الأجنبي ، وقد ذكره المصنف في الطلاق .

الثانية : لو قال الأجنبي : طلقها علىٰ هـٰذا المغصوب أو علىٰ هـٰذا الخمر أو علىٰ عبد زيد هـٰذا فطلق . . وقع رجعياً ، بخلاف ما إذا التمست المرأة ذلك كما نقله الشيخان عن البغوي .

الثالثة : لو كان له امرأتان فخالعه الأجنبي عنهما بألف من ماله . . صح بالألف قطعاً وإن لم يفصل حصة كلٍ منهما ؛ لأن الألف تجب للزوج وحده على الأجنبي وحده ، بخلاف الزوجتين إذا اختلعتا . . فإنه يجب أن يفصل ما تلتزمه كل منهما ، قاله الماوردي .

قال : (**ولوكيلها أن يختلع له**) أي : لنفسه بالصريح أو بالنية فيكون خلع أجنبي والمال عليه كوكيل المشتري ، فإن صرح بالوكالة أو نواها . . فلها .

وسكت المصنف عما إذا لم يصرح بنيابة ولا استقلال ، قال الإمام : والذي أطلقه الأصحاب أنه يقع رجعياً ، ثم تردد في الوقوع ، وليس لنا خلع بخمر ومغصوب ونحوه

وَلأَجْنَبِيٍّ تَوْكِيلُهَا فَتَتَخَيَّرُ هِيَ . وَلَوِ ٱخْتَلَعَ رَجُلٌ وَصَرَّحَ بِوَكَالَتِهَا كَاذِباً . . لَمْ تُطَلَّقْ . وَأَبُوهَا كَأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بِمَالِهِ ، فَإِنِ ٱخْتَلَعَ بِمَالِهَا وَصَرَّحَ بِوَكَالَةٍ أَوْ وِلاَيَةٍ . . لَمْ تَطْلُقْ ، أَوْ بِٱسْتِقْلاَلٍ . . فَخُلْعٌ بِمَغْصُوبٍ . . . .

يقع فيه الطلاق رجعياً ولا مال إلا هـٰذه الصورة[1] .

قال : (**ولأجنبي توكيلها فتتخير هي**) فإن شاءت . . خالعت استقلالاً ، وإن شاءت . . بالوكالة ، فإن أطلقت . . فالظاهر وقوعه عنها .

قال : (**ولو اختلع رجل وصرح بوكالتها كاذباً . . لم تطلق**) ؛ لأنه مربوط بالمال وهو لم يلتزمه في نفسه ، وكذب في إضافة الالتزام إليها ، فأشبه ما إذا خالعها فلم تقبل .

قال : (**وأبوها كأجنبي فيختلع بماله**) ؛ لأنه إذا جاز ذلك للأجنبي . . فجوازه للأب أولىٰ ؛ لوفور شفقته ، وسواء كانت صغيرة أو كبيرة .

قال : (**فإن اختلع بمالها وصرح بوكالة أو ولاية . . لم تطلق**) كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع .

قال : (**أو باستقلال . . فخلع بمغصوب**) فيقع الطلاق بمهر المثل في الأظهر ، وببدل المسمىٰ في قول ، وقيل : يكون رجعياً .

تتمة :

إذا اختلعها الأب بصداقها أو بالبراءة منه أو علىٰ أن الزوج بريء من الصداق ، أو قال للزوج : طلقها وأنت بريء من صداقها . . فالمنصوص : أن الطلاق يقع رجعياً ولا يبرأ الزوج ولا يلزم الأب شيء ، وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب .

---

(١) في هامش (ز) : (محل هـٰذا عقب المسألة الثانية المتقدمة في كلام الشارح) .

فَصْلٌ :

ٱدَّعَتْ خُلْعاً فَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . وَإِنْ قَالَ : طَلَّقْتُكِ بِكَذَا فَقَالَتْ : مَجَّاناً . . بَانَتْ وَلاَ عِوَضَ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عِوَضِهِ ، أَوْ قَدْرِهِ وَلاَ بَيِّنَةَ . . تَحَالَفَا وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ . . . .

قال : (**فصل** :

ادعت خلعاً فأنكر . . صدق بيمينه) ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع ، فإن أقامت بينة . . فلا بد من رجلين ، ولا مطالبة له بالمال ؛ لأنه ينكره ، فإن عاد واعترف بالخلع . . قضي له بالعوض ؛ لأن الطلاق لزمه وهي معترفة به ، قاله الماوردي .

قال : (**وإن قال : طلقتك بكذا فقالت : مجاناً . . بانت ولا عوض**) أما البينونة . . فلإقراره ، وأما عدم العوض . . فكما لو قال لعبده : أعتقتك بألف فأنكر . . ثبت العتق دون المال ، فلو أقام شاهداً وحلف معه أو شاهداً وامرأتين . . فإن المال يثبت ، قاله العمراني .

وقوله : (بانت) ظاهره أنه لا نفقة لها ، والمنقول وجوبها إلىٰ آخر العدة ، فلو عادت واعترفت بعد اليمين بما ادعاه . . لزمها دفعه إليه ، قاله الماوردي .

قال : (**وإن اختلفا في جنس عوضه ، أو قدره ولا بينة . . تحالفا**) كما في نظيره من البيع ، وكذا اختلافهما في نوع وصفة .

قال : (**ووجب مهر مثل**) ؛ لأنه تعذر رد البضع إليه فرجع إلىٰ بدله وهو مهر المثل كما لو وقع التحالف بعد تلف المبيع ، وأما البينونة . . فواقعة ، وأثر التحالف في العوض خاصة .

وقيل : يجب الأول منه ومما ادعاه ، وقيل : الأكبر منه ومما ادعته .

وقيل : إن كان ما يدعيه الزوج أقل من مهر المثل . . لا يجب له مهر المثل بل الذي يدعيه ، فإن أقام كل منهما بينة علىٰ ما يدعيه . . تساقطتا ، وقيل : يقرع ، وقيل : يعمل بأكبرهما .

وقال شارح « التعجيز » : إنما يوجب النزاع في القدر التحالف إذا ادعت الأكثر ،

وَلَوْ خَالَعَ بِأَلْفٍ وَنَوَيَا نَوْعاً . . لَزِمَ ، وَقِيلَ : مَهْرُ مِثْلٍ . وَلَوْ قَالَ : أَرَدْنَا دَنَانِيرَ ، فَقَالَتْ : بَلْ دَرَاهِمَ أَوْ فُلُوساً . . تَحَالَفَا عَلَى ٱلأَوَّلِ ، وَوَجَبَ مَهْرُ ٱلْمِثْلِ بِلاَ تَحَالُفٍ عَلَى ٱلثَّانِي . . . .

وإلا . . فلا ؛ لحصول مقصودها بزيادة ، وهـٰذا حكاه الرافعي عن ابن الصباغ تخريجاً .

قال : (**ولو خالع بألف ونويا نوعاً . . لزم**) ؛ إقامة للمنوي مقام الملفوظ ، وهـٰذا بخلاف البيع ؛ فإنه لا يصح ، لأنه يحتمل في الخلع ما لا يحتمل في البيع ، فإذا كان في البلد نقد غالب . . نزل عليه ، وإلا . . بطلت التسمية .

ولو لم يذكر جنساً بل قال : خالعتك علىٰ ألف . . فكإبهام النوع ، وبهـٰذا صور الشيخ مسألة الكتاب ؛ لتؤخذ الأُولىٰ منها بطريق الأَولىٰ .

قال : (**وقيل : مهر مثل**) ؛ لفساد التسمية كما يفسد البيع ، ولا فرق بين أن يتواطأا عليه قبل العقد أم لا على الأصح في زوائد « الروضة » .

قال : (**ولو قال : أردنا**) أي : بالألف التي أطلقناها (**دنانير ، فقالت : بل دراهم أو فلوساً . . تحالفا على الأول**) أي : علىٰ قولنا في التي قبلها : إنهما لو عينا نوعاً . . لزم ، فإذا حلفا . . وجب مهر المثل .

وعلى الثاني ـ وهو وجوب مهر المثل في التي قبلها ـ : يجب مهر المثل بلا خلاف ؛ لأنهما لو اتفقا على الإرادة . . وجب مهر المثل فلا أثر للتنازع .

قال : (**ووجب مهر المثل بلا تحالف على الثاني**) ؛ لأن هـٰذا نزاع في القصد والنية ولا مطلع عليها ، وإذا امتنع التحالف ووقع الاختلاف . . صار العوض مجهولاً فيجب الرجوع إلىٰ مهر المثل .

تتمة :

له امرأتان اسم كل منهما فاطمة فقالت له إحداهما : خالعني علىٰ ألف فقال الزوج : خالعت فاطمة علىٰ ألف ، فقالت : قبلت ، ثم اختلفا فقال الزوج : إنما

. . . .

أردت الأخرىٰ وقالت : بل أردتني . . فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه لم يعينها ولا في اللفظ دلالة عليها .

* * *

خاتمة

إذا اختلعت المرأة نفسها علىٰ معين أو في الذمة ولها صداق في ذمته . . لم يسقط صداقها بالخلع ، سواء قبل الدخول أو بعده ، سواء كان بلفظ الخلع أو المفاداة .

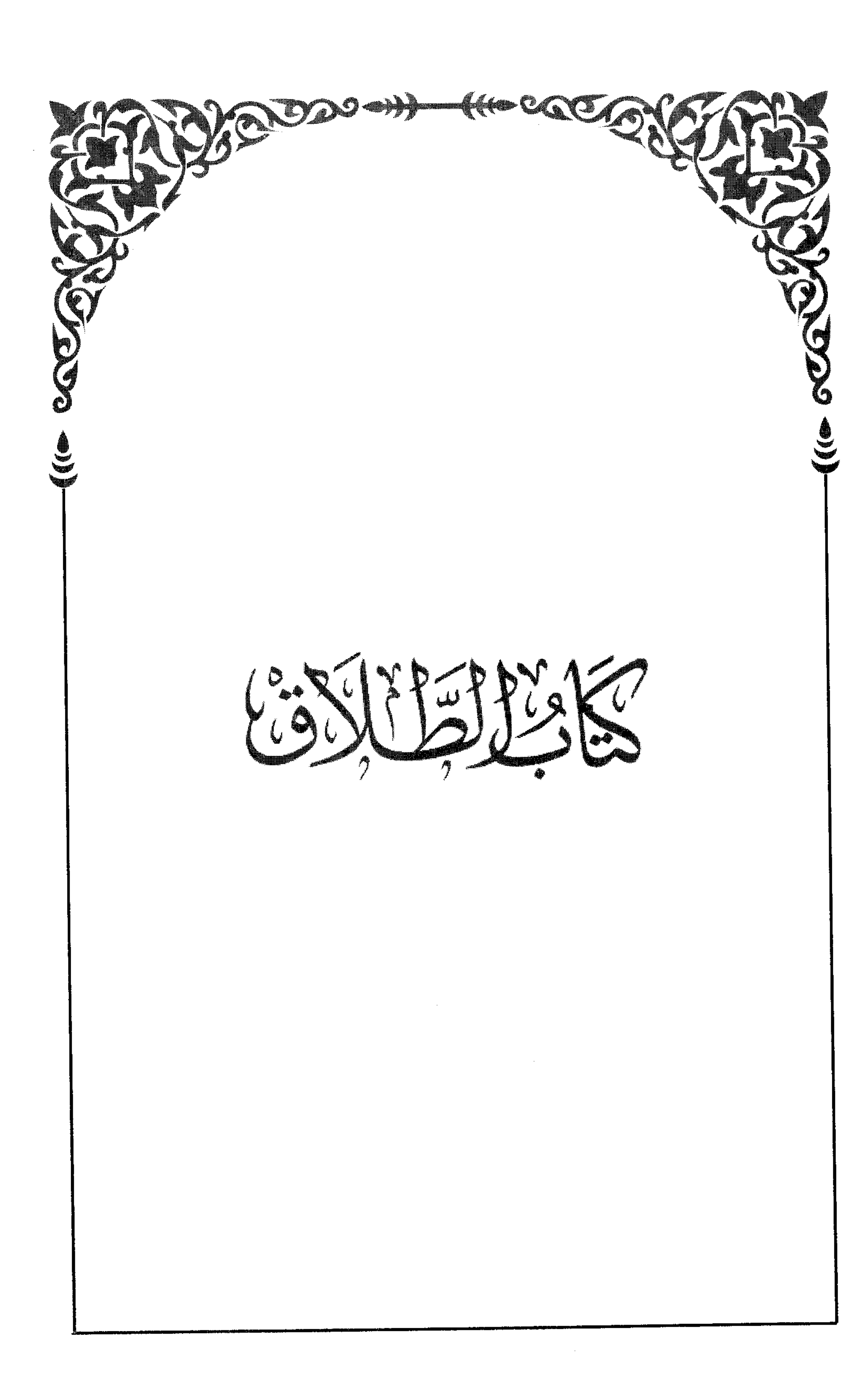
وقال أبو حنيفة : المخالعة تسقط الصداق الثابت في ذمة الزوج .

لنا : أن هـٰذه فرقة بين الزوجين لا توجب سقوط الثابت في الذمة كالفرقة بالرضاع ، وقياساً علىٰ سائر الديون[1] .

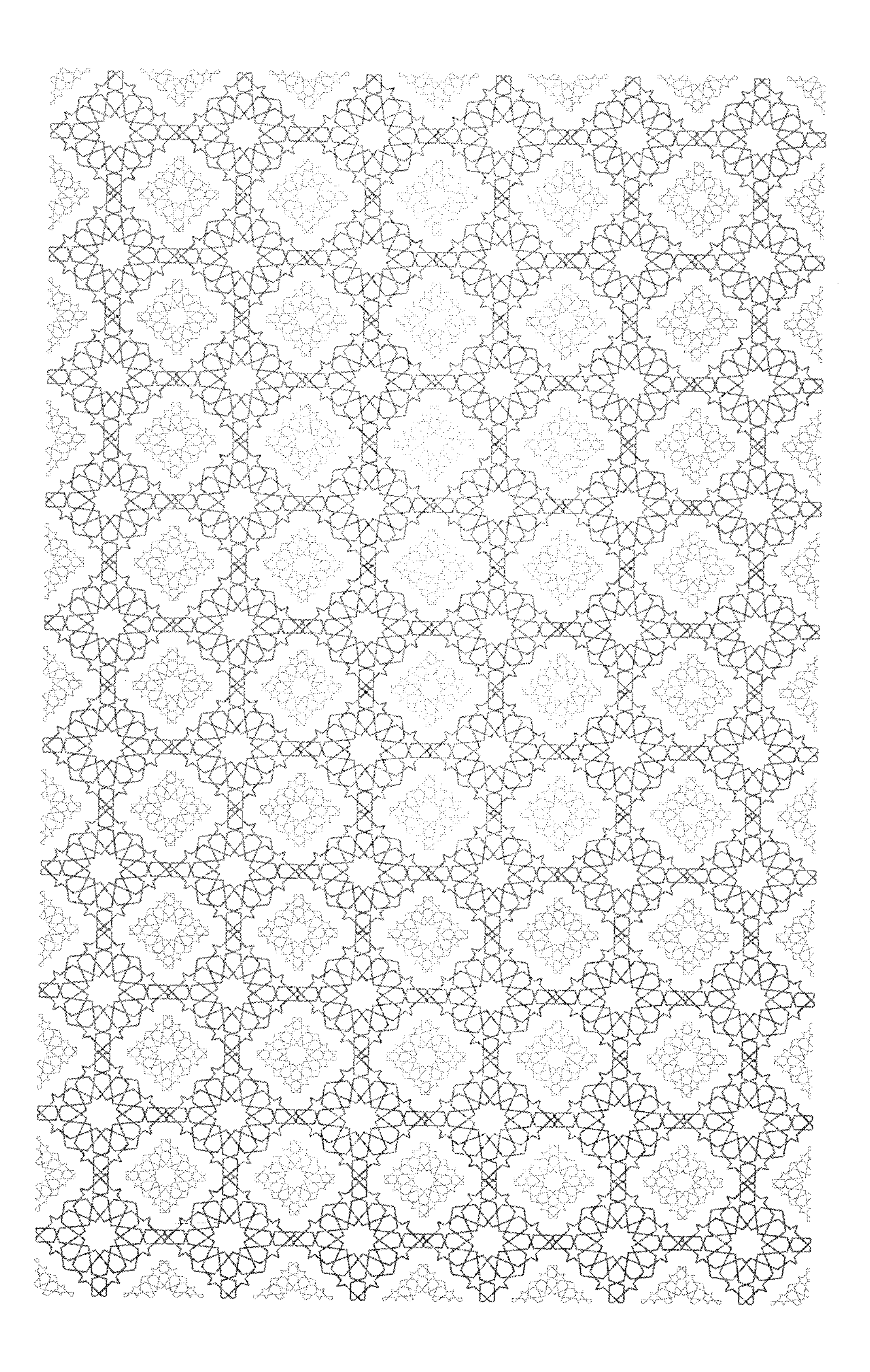
* * *

(١) في (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .





كتاب الطلاق



كِتَابُ ٱلطَّلَاقِ

يُشْتَرَطُ لِنُفُوذِهِ ٱلتَّكْلِيفُ ....

كتاب الطلاق

هو في اللغة : حل القيد والإطلاق ، يقال : ناقة طالق ، أي : مرسلة ترعىٰ حيث شاءت .

وفي الشرع : اسم لحل قيد النكاح ، وهو لفظ جاهلي ورد الشرع باستعماله يقال : طلقت المرأة بفتح اللام على الأصح ـ ويجوز ضمها ـ تطلُق بالضم فيهما فهي طالق وطالقة .

قال الأعشىٰ [في « ديوانه » (٢١٦) من الطويل] :

أجــارَتَنــا بِينِــي فــإنــك طــالقــة ... كــذاك أمــور النــاس غــاد وطــارقــة

والأصل فيه من الكتاب العزيز قوله : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ .

وقوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ .

ومن السنة النبوية : (أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها) رواه ابن عساكر [٣/ ٢٠٤] وغيره ، وروى الحاكم [٢/ ١٩٦] والدارقطني [٤/ ٣٥] وأبو داوود [٢١٧١] والحافظ المنذري [٢/ ٧١٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق » .

وفي « الصحيحين » [خ ٣٣٣١ـ م ١٤٦٨] حديث : « المرأة خلقت من ضلع إن أقمتها . . كسرتها ، وإن تركتها . . استمتعت بها علىٰ عوج فيها وكسرها طلاقها » ولا خلاف بين المسلمين فيه .

قال : (**يشترط لنفوذه التكليف**) فلا يقع طلاق الصبي ولا المجنون تنجيزاً ولا تعليقاً ؛ لأن عبارتهما غير معتبرة ، والقلم مرفوع عنهما فلا يلزمهما حكم .

وفي « الترمذي » [١١٩١] موقوفاً : (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه) .

وكذلك الحكم في كل زائل العقل[1] ، لـٰكن قد يتصور طلاق النائم والمغمىٰ عليه والمجنون فيما إذا علق طلاقها في حال التكليف بصفة فوجدت وهو غير مكلف .

ويشترط أيضاً : أن يكون زوجاً أو نائباً عنه ، فلا يصح من غيره تنجيزاً ولا تعليقاً ، وقد ذكره المصنف في أول (الخلع) .

ويشترط الاختيار ، فلا ينفذ من المكره كما سيأتي .

قال : (**إلا السكران**) فإنه ينفذ طلاقه في الأظهر ؛ لإجماع الصحابة علىٰ مؤاخذته بالقذف ، وهـٰذا الاستثناء من زيادته على « المحرر » و« الشرحين » .

قال في « الروضة » : كذا اقتصر عليه الغزالي وغيره ، وقد يورد عليه السكران ؛ فإنه يقع طلاقه على المذهب وهو غير مكلف كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، ولـٰكن مرادهم أنه غير مخاطب حال السكر ، ومرادنا هنا : أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد . اهـ

وما قاله عن الأصوليين فيه نظر ، فجمهورهم علىٰ أنه مكلف وهو المنصوص ،

---

(١) في هامش (ز) : (مسألة : رجل له زوجة أراد أن يجامعها في محل بجواره أناس ، فخشي أن يزجرها بسبب ذلك ، فاحتد وخرج من حالته إلىٰ حالة لا يضبط فيها الألفاظ ، فقال : إن ذهبت من هـٰذا المحل تكوني طالقة ثلاثاً فذهبت ، فهل يقع عليه الطلاق الثلاث أم لا؟

الجواب : نعم ، إذا كانت المرأة المذكورة خالية من الحيض والنفاس وليس بها مرض يمنع من وطئها . . حرم عليها منع الزوج ، وتسقط به نفقتها مدة المخالفة وكسوة الفصل ، ويجوز له ضربها علىٰ ذلك ، وإذا أداه الغضب إلىٰ حالة لا يضبط فيها الألفاظ . . لا يقع عليه الطلاق الثلاث ولا شيء منه ، فإن غلب علىٰ ظنها أنها إن قعدت ضربها الزوج ولم تجد من يخلصها منه فذهبت خائفة من ضربه . . فلا يقع الطلاق الثلاث أيضاً ولا شيء منه ، وكذا لو ذهبت وبها مرض وكانت إذا جامعها لا تتحمل جماعه واستحت من ذِكْره له . . لا يقع الطلاق الثلاث ولا شيء منه .

إذا حصل واحدة من الثلاثة هي زوجته إذا كان الحال كما ذكر ، قاله الشيخ أحمد الحداد المرحومي الشافعي عفي عنه ، آمين) .

وبه صرح الجويني والقاضي حسين في (باب الأذان) ، وابن الصباغ والجرجاني وابن أبي عصرون وصاحب « الإستقصاء » وغيرهم في هٰذا الباب ، فالصواب : حذف هٰذا الاستثناء .

قال : (**ويقع بصريحه بلا نية**) حتىٰ لو قال : لم أنو به طلاقاً . . لم يقبل بالإجماع ، واحتج له الخطابي بقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ ﴾ ، ولأنا لو لم نقل بذلك . . لتعطلت الأحكام ، ولم يخالف في ذلك إلا داوود ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الأعمال بالنيات »[1] .

فإن قيل : قول الغزالي : (لا بد من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق)[2] كيف يجمع بينه وبين قولهم : الصريح لا يحتاج إلىٰ نية؟ . . أجاب الشيخ بأنه لا منافاة بين الكلامين ؛ فإنه احترز بـ(قصد اللفظ) عن سبق اللسان ومن جريان اللفظ من النائم والعجمي الذي لا يعرف مدلوله .

وقوله : (لمعناه) يريد به المعنى الذي وضع له ، وليس المراد اشتراط نية الطلاق كما في الكناية ، بل إذا قال : أنت طالق . . فيه ثلاثة أشياء : النطق بالحروف وكونها مستعملة في معناها وقصد إيقاع الطلاق .

فقصد إيقاعه لا يشترط وهو الذي يحتاج إليه في الكناية دون الصريح ، وقصد اللفظ لا بد منه ، واستحضار معناه شرط أيضاً وهو المراد بقوله : (لمعنى الطلاق) أي : مستعملاً لمعناه لا من حيث إرادة الإيقاع بل قصد أن ينطق بهٰذا اللفظ مستعملاً له في معناه .

نعم ؛ يستثنى المكره ، فصريح الطلاق كناية في حقه ، إن نوىٰ به . . وقع ، وإلا . . فلا على الأصح .

قال : (**وبكناية بنية**) ؛ لما روى البخاري [٥٢٥٤] عن عائشة : أن ابنة الجون لما

---

(١) أخرجه البخاري (١) ، ومسلم (١٩٠٧) .

(٢) في هامش (ز) : (ليس هٰذا قول الغزالي بل قول الرافعي تفسيراً لقول الغزالي في « وجيزه » : الركن الثاني : القصد للطلاق لٰكن الأمر سهل) .

. . . .

دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم . . قالت : أعوذ بالله منك ، قال : « لقد عذت بعظيم ، الحقي بأهلك » فكان ذلك طلاقاً لها ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أراد الفراق ، فإن لم ينوه . . لم يقع بالإجماع .

ووقع في « الوسيط » في أول (كتاب النكاح) : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوجها . . علمها نساؤه أن تقول له ذلك عند لقائه ، وقلن : هٰذه كلمة تعجبه ، فاتفق ما اتفق وهٰذه الزيادة في « طبقات ابن سعد » [٨/ ١٤٤] بإسناد ضعيف .

وروى الشافعي [أم ٧/ ٢٣٦] عن مالك بلاغاً : أن رجلاً علىٰ عهد عمر قال لامرأته : حَبْلُك علىٰ غارِبك ، فأمر عمر أن يوافىٰ به الموسم ، فبينما عمر يطوف إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال : من أنت؟ قال : أنا الذي أمرت بحملي إليك ، فقال : أَنشدك برب هٰذا البيت هل أردت بحبلك علىٰ غاربك الطلاق؟ فقال لو استحلفتني علىٰ غير هٰذا المكان . . ما صَدَقْتُك ، أردت الفراق ، فقال عمر : هو ما أردت ، بانت منك امرأتك .

وفي « الصحيحين » [خ ٤٤١٨ـ م ٢٧٦٩] : أن كعب بن مالك قال لامرأته : الحقي بأهلك حتىٰ يقضي الله ما يشاء ، ولم يقع به طلاق ؛ لأنه لم ينوه ، فكذا بقية الكنايات .

وعن ابن سيرين ومالك : أن الطلاق يقع بمجرد النية من غير احتياج إلىٰ لفظ ، ويرد عليهما ما في « الصحيحين » [خ ٢٥٢٨ـ م ١٢٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به » فهٰذا الحديث حجة لعدم المؤاخذة بذلك في كل ما له متعلق في الخارج .

وأما ما لا متعلق له في الخارج من أعمال القلوب . . فمنها ما يؤاخذ به قطعاً ولا يندرج تحت الحديث .

قال الشيخ : وكثير من الناس يغلطون فيه ويجرون القسمين مجرىً واحداً ، حتىٰ رأيت شيخنا الشيخ علم الدين العراقي صنف كتاباً في المؤاخذة بالعزم ، وذكر من القرآن أربع مئة وخمسين موضعاً يدل له ، وأكثرها مما هو من أعمال القلوب .

تنبيهات :

أحدها : المراد بالكناية : ما احتمل معنيين فصاعداً ، وهي في بعض المعاني أظهر ، كذا قاله الرافعي في آخر الركن الرابع .

الثاني : يستثنى السكران ؛ فإنه لا يقع طلاقه بالكناية ، قاله في « المطلب » ونوزع فيه .

الثالث : لنا طلاق يقع علىٰ زوج من غير لفظ صريح ولا كناية ، وهي : إذا اعترف الزوج بفسق شاهدي العقد وأنكرته المرأة كما تقدم(١) .

وكذلك إذا زوج الأمة ثم قال : نكحتها وأنا واجد طَول حُرة . . فإنه يجعل طلاقاً ، بخلاف ما إذا ادعت المرأة زوجية رجل فأنكر . . لم يكن طلاقاً على الأظهر ، ولم يحل لها نكاح غيره ، كذا في « فتاوى القفال » .

قال : (**فصريحه : الطلاق**) ؛ لإجماع العلماء عليه ، المراد : ما اشتق من لفظه من فعل واسم فاعل واسم مفعول .

قال : (**وكذا الفراق والسراح على المشهور**) ؛ لورودهما في القرآن وتكررهما علىٰ ألسنة حملة الشرع .

وفي « مراسيل أبي داوود » [٢٢٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله تعالىٰ ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ قيل : أين الثالثة يا رسول الله؟ قال : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ فسماه الشارع طلاقاً وهـٰذا هو الجديد .

والثاني : أنهما كنايتان ؛ لاستعمالهما فيه وفي غيره كالحرام ، وهـٰذا قديم ، ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر ، فلو قال الكافر : لم أرد بالطلاق معناه . . لم يسمع .

---

(١) في هامش (ز) : (الذي تقدم أنه فرقة فسخ لا طلاق .
نعم ؛ في مسألة الأمة فرقة طلاق) .

تنبيهان :

أحدهما : تقدم أن لفظ الخلع مع ذكر المال صريح ، وكذا إن لم يذكر معه المال علىٰ مقتضىٰ تفريع الأكثرين وإن كان في « الروضة » خلافه ، فكان ينبغي أن يذكره هنا كما فعل في « المحرر » .

الثاني : تستثنىٰ مسألتان لا يكون لفظ الطلاق فيهما صريحاً مع النية :

إحداهما : لو لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها ولم يعلم أن معناها الطلاق ولـٰكن نوىٰ بها قطع النكاح . . فإنه لا يقع ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنىٰ لها وقال : أردت بها الطلاق .

والثانية : العجمي إذا قال : أنت طالق وقال : أردت بهـٰذه اللفظة مدلولها بالعربية . . لا يقع على الأصح ؛ لأنه لا يعلم معناها ، وهـٰذا غريب لفظ أريد به معناه ولا ينفذ ؛ لجهله بأن الكلمة موضوعة لذلك المعنىٰ .

قال : (**كطلقتك وأنت طالق ومطلقة**) أي : بتشديد اللام (**ويا طالق**) ومثله يا مطلقة ، فصراحة (طلقتك) و(أنت طالق) بالإجماع ، وأما (أنت مطلقة) و(يا طالق) . . فعن أبي حنيفة : أنهما ليسا بصريح ، وعندنا وجه مثله ، لـٰكن صراحة (يا طالق) محله فيمن لم يكن اسمها ، فإن كان اسمها طالق . . فهو كناية .

قال : (**لا أنت طلاق والطلاق في الأصح**) بل هما كنايتان ؛ لأن المصادر غير موضوعة للأعيان ، لـٰكنها قد تجيء بمعنى اسم الفاعل كقوله تعالىٰ : ﴿ قُلْ أَرَءَيْتُمْ إِنْ أَصْبَحَ مَآؤُكُمْ غَوْرًا ﴾ أي : غائراً ، قال الشاعر [من الطويل] :

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاثاً ومن يخرق أعق وأظلم

فبيني بها أن كنت غير رفيقة فما لامرىء بعد الثلاثة مقدم

والوجه الثاني : أنهما صريحان كيا طالق ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأن لفظ الطلاق لا يطلق كيف ما فرض إلا للفراق ، فإذا جرىٰ علىٰ خلاف المألوف . . فالاعتبار بأصل الكلمة ، ويجريان في (أنت طلقة) وفي (أنت الفراق والسراح) .

وَتَرْجَمَةُ ٱلطَّلَاقِ بِٱلْعَجَمِيَّةِ صَرِيحٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَأَطْلَقْتُكِ وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ كِنَايَةٌ . وَلَوِ ٱشْتَهَرَ لَفْظُ ٱلطَّلَاقِ كَٱلْحَلَالِ أَوْ حَلَالُ ٱللهِ عَلَيَّ حَرَامٌ . . فَصَرِيحٌ فِي ٱلْأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ كِنَايَةٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**وترجمة الطلاق بالعجمية صريح على المذهب**) وكذا سائر اللغات ؛ لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغة .

والثاني : ليست صريحة ؛ لأن اللفظ الوارد في القرآن عربي .

قال : (**وأطلقتك وأنت مطلقة**) أي : بإسكان الطاء فيهما وتخفيف اللام (**كناية**)؛ لعدم الاشتهار، وقيل: صريح؛ لتقارب الإطلاق والتطليق كالإكرام والتكريم.

قال : (**ولو اشتهر لفظ الطلاق كالحلال أو حلال الله عليَّ حرام . . فصريح في الأصح**) ؛ لغلبة الاستعمال وحصول الفهم ، ونظيره : أنت علي حرام ، والحرام يلزمني ، وعليّ الحرام ، ووافق ابن الرفعة الرافعي في ذلك .

قال : (**قلت : الأصح : أنه كناية والله أعلم**) ؛ لأنها لم تتكرر في القرآن ولا علىٰ ألسنة حملة الشرع ، وهـٰذا عليه الأكثرون ، وهو منصوص « الأم » والبويطي ، وللخلاف التفات إلىٰ أن الاصطلاح الخاص هل يقضىٰ به كالاصطلاح العام؟ وأصله مسألة صداق السر والعلانية .

قال الروياني : كان القفال يقول إذا استفتي عن هـٰذه المسألة : إذا سمعت غيرك حلف بهـٰذا ما كنت تفهم منه؟ إن فهمت منه الصريح . . فصريح لك ، واختار هـٰذا الأستاذ أبو إسحق وكثير من فقهاء خراسان ، ومما تعم به البلوىٰ : عليّ الطلاق والطلاق يلزمني .

وفي « شرح الكفاية » للصيمري : أن ذلك صريح ، وهو الصواب المفتىٰ به في هـٰذا الزمان ؛ لاشتهاره في معنى التطليق .

وأفتى الشيخ الطوسي تلميذ محمد بن يحيىٰ وابن الصلاح بعده بأنه لا يقع بذلك شيء ؛ لخروج اللفظ عن صيغة الاشتراط[1] .

---

(١) في هامش (و) : (حكاه في « المطلب » عنه في « كتاب البيوع ») .

وَكِنَايَتُهُ كَأَنْتِ خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، بَائِنٌ ، ٱعْتَدِّي ، ٱسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ ، . .

وفي « البحر » عن « المنثور » للمزني : إن نوىٰ . . كان طلاقاً ، وإلا . . فلا .

قال : (**وكنايته كأنت خلية**) أي : من الزوج ، فعيلة بمعنىٰ فاعلة ؛ أي : خالية ، وجعلت كناية ؛ لاحتمال أنها خالية من غيره .

والكناية تنقسم إلىٰ خلية وحفية ، فالخلية : التي يكثر استعمالها في الفراق وهـٰذه منها ، والحفية بعد ذلك .

قال : (**برية**) أي : من عصمتي وزوجيتي .

قال : (**بتة**) أي : مقطوعة الوصلة من نكاحي .

وفي الحديث : أن ركانة بن عبد يزيد طلق زوجته سهيمة بنت عويمر البتة ، فاستحلفه النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ما أردت إلا واحدة فجعلها واحدة ، ثم طلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان ، رواه الشافعي [شم ١/١٥٣] والدارقطني [٤/٣٣] وأبو داوود [٢١٨٩] والترمذي [١١٧٧] وابن ماجه [٢٠٥١] والحاكم [٢/١٩٩] وقال : صحيح ، وقال البخاري وأحمد : إنه مضطرب الإسناد .

وفي « شرح أدب الكاتب » : أن سيبويه قال : لا يجوز إلا البتة بالألف واللام ، وأجاز الفراء بتة بغير ألف ولام .

قال (**بتلة**) أي : متروكة النكاح ، ومنه نهي عن التبتل .

والمرأة البتول : المنقطعة عن الرجال التي لا شهوة لها فيهم ، وبها سميت مريم أم المسيح عليهما السلام ، وسميت فاطمة البتول ؛ لانقطاعها عن نساء زمانها فضلاً وديناً وحسباً ، وقيل : لانقطاعها عن الدنيا إلى الله تعالىٰ .

قال : (**بائن**) أي : مفارقة من البين وهو الفراق .

وبائن هي اللغة الفصيحة كطالق ، ويجوز في لغة قليلة بائنة .

قال : (**اعتدي ، استبرئي رحمك**) هـٰذان اللفظان يحتاجان لإضمار ؛ لأن الاستعداد والاستبراء من آثار الطلاق فذكرهما يقتضي إضمار الطلاق لاستحالة وجودهما بدونه وكأنه قال : اعتدي واستبرئي ؛ لأني طلقتك ، وسواء المدخول بها وغيرها .

اِلْحَقِي بِأَهْلِكِ ، حَبْلُكِ عَلَىٰ غَارِبِكِ ، لاَ أَنْدَهُ سَرْبَكِ ، اُعْزُبِي ، اُغْرُبِي ، دَعِينِي ، وَدِّعِينِي ، وَنَحْوِهَا . . . .

وقيل : إن لم يدخل بها . . لم يقع به طلاق وإن نوىٰ .

قال : (**اِلحقي بأهلك**) سواء كان لها أهل أم لا ؛ لحديث كعب بن مالك المتقدم ، وهو بكسر الهمزة وفتح الحاء .

قال : (**حبلك علىٰ غاربك**) أي : خليت سبيلك بالطلاق كما يخلى البعير بالصحراء بإلقاء زمامه علىٰ غاربه ، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق .

قال : (**لا أنده سربك**) أي : تركتك فلا أهتم بشأنك ؛ لأني طلقتك .

ومعنىٰ (أنده) أزجر ، و(السرب) بفتح السين : الإبل .

وكان هـٰذا طلاقهم في الجاهلية ، كانوا إذا قال أحدهم ذلك لامرأته . . بانت منه ، لـٰكنها الآن كناية خفية ؛ لقلة استعمالها ، وألحق بها ابن الصباغ قوله لها : سلام عليك ؛ لأنه يستعمل عند الفراق ، ولذلك قالها إبراهيم عليه السلام لأبيه ؛ لأنها تحية مفارق ، ولذلك قال النقاش : حليم خاطب سفيهاً مثل : ﴿ وَإِذَا خَاطَبَهُمُ ٱلْجَـٰهِلُونَ قَالُواْ سَلَـٰمًا ﴾ .

قال : (**اعزبي ، اغربي**) الأولىٰ بعين مهملة وزاي ؛ أي : ابعدي ، والثانية بمعجمة وراء مهملة ؛ أي : صيري غريبة مني وفيه معنى البعد .

قال : (**دعيني**) أي : اتركيني .

قال : (**ودِّعيني**) من الوداع .

قال : (**ونحوها**) أشار به إلىٰ أن ألفاظ الكنايات لا تنحصر في ذلك ، فمنها : أنت كالميتة ، واستتري ، وتقنعي ، وتجرعي ، وابعدي ، واذهبي ، وتجردي ، وتزودي ، واخرجي ، وسافري .

ومنها : لفظ العفو والإبراء ، فإذا قال : عفوت عنك ، أو أبرأتك ، ونوى الطلاق . . وقع ، ولا تكاد ألفاظها تنحصر .

وقال جد الروياني : إذا قال : أوقعت الطلاق في قميصك أو ثوبك . . كان كناية .

وَٱلْإِعْتَاقُ كِنَايَةُ طَلَاقٍ وَعَكْسُهُ ، وَلَيْسَ ٱلطَّلَاقُ كِنَايَةَ ظِهَارٍ وَعَكْسُهُ . . . .

وعد ابن القاص منها : أغناك الله ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ .

واحترز بقوله : (ونحوها) عما لا إشعار له بالطلاق ككلي واشربي ، فلا يقع به طلاق وإن نواه ؛ لأن مثل ذلك لا يعبر به عنه ، وعما إذا أضاف إلى الكناية ما يدل على المراد كقوله : أنت بائنة بينونة لا تحلي لي أبداً . . فإنه لا يخرجه بذلك عن الكناية ، بخلاف ما تقدم في (الوقف) أنه إذا قال : تصدقت بكذا . . كان كناية فإن زاد : لا يباع ولا يوهب . . فالأصح : صراحته .

وعلم من إطلاق المصنف أن الكنايات لا تلحق بالصرائح بسؤال المرأة الطلاق ، ولا بقرينة اللجاج والغضب ؛ لأن اللفظ محتمل في نفسه ، وقد يقصد المتكلم باللفظ خلاف ما تشعر به القرينة ، وألحق مالك وأحمد الكنايات بالصرائح بذلك .

قال : (**والإعتاق كناية طلاق وعكسه**) ؛ لأن كلاً منهما وضع لإزالة الملك فناب أحدهما مناب الآخر ، فصريح العتق كناية في الطلاق بلا خلاف .

وأما صرائح الطلاق وكناياته . . فهي عندنا كناية في العتق ، فإذا قال لأمته : أنت طالق أو طلقتك ونوى العتق . . عتقت ، خلافاً لأبي حنيفة إلا في قوله : لا ملك لي عليك ، أو لا سلطان ؛ فإنه يوافق علىٰ أنهما كناية في العتق .

ويستثنىٰ لفظ الاعتداد واستبراء الرحم فلا يعتق بهما العبد ؛ لاستحالة معناهما في حقه بخلاف الأمة ، وكذلك يستثنىٰ إذا قال لعبده أو أمته : أنا منك حر ، أو أعتقت نفسي ونوى العتق . . فالأصح : لا عتق بخلاف الزوجة ؛ لأن الزوجية تشمل الجانبين ، بخلاف الرق ؛ فإنه يختص بالمملوك .

ولو وكل سيد الأمة زوجها في عتقها فطلقها أو أعتقها وقال : أردت به الطلاق والعتق معاً . . وقعا ويصير كإرادة الحقيقة والمجاز باللفظ الواحد .

قال : (**وليس الطلاق كناية ظهار وعكسه**) ؛ لأن كل واحد منهما وجد نفاذاً في موضوعه فلا يعمل في غيره بالنية .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ، أَوْ حَرَّمْتُكِ وَنَوَىٰ طَلاَقاً أَوْ ظِهَاراً . . حَصَلَ ، أَوْ نَوَاهُمَا . . تَخَيَّرَ وَثَبَتَ مَا ٱخْتَارَهُ ـ وَقِيلَ : طَلاَقٌ ، وَقِيلَ : ظِهَارٌ ـ أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا . . لَمْ تَحْرُمْ . . . .

قال : (**ولو قال : أنت علي حرام ، أو حرمتك ونوىٰ طلاقاً أو ظهاراً . . حصل**) أي : ما نواه فيهما ؛ لأن التحريم ينشأ عن الطلاق وعن الظهار بعد العود ، فصحت الكناية عنهما من باب إطلاق المسبب على السبب .

وفي وجه : لا يقع به الطلاق إذا قلنا : إنه صريح في اقتضاء الكفارة ، فإن قال : أنت حرام ولم يقل : عليَّ . . فهو كناية بلا خلاف ، وإن قال : أنت علي كالميتة أو الدم أو الخنزير أو الخمر . . فكما لو قال : أنت علي حرام .

قال : (**أو نواهما . . تخير وثبت ما اختاره**) ؛ لاستحالة توجه القصد إلى الظهار والطلاق ، وللإمام احتمال أن لا يقع واحد منهما .

هـٰذا إذا نواهما دفعة ، فإن نواهما مرتباً . . فعن ابن الحداد : إن تقدم الظهار . . حصلا ، أو الطلاق . . فالظهار موقوف ، فإن راجع . . فصحيح والرجعة عود ، وإلا . . فلغو .

وقال الشيخ أبو علي : لا فرق بين أن ينويهما دفعة أو مرتباً ، ووافقه علىٰ ذلك الرافعي في « الشرح الصغير » ، وكذلك أطلق في « المحرر » وتبعه المصنف .

قال : (**وقيل : طلاق**) ؛ لأنه أقوىٰ إذ هو يزيل الملك .

قال : (**وقيل : ظهار**) ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، والتصريح بهـٰذين الوجهين من زوائد المصنف على « المحرر » ؛ فإنه جعل التخيير أظهر ولم يذكر مقابله .

ووجه رابع : يثبت ما أقر به أولاً ، فإن قال : أردت الطلاق والظهار . . وقع الطلاق ، وإن قال : أردت الظهار والطلاق . . لزمه الظهار .

قال : (**أو تحريم عينها . . لم تحرم**) ؛ لأن الأعيان لا توصف بذلك .

وفي « سنن النسائي » [٦/ ١٥١] عن ابن عباس : أن رجلاً قال له : إني جعلت امرأتي علي حراماً فقال : كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ ﴾ الآية .

وَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نِيَّةٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَٱلثَّانِي : لَغْوٌ . وَإِنْ قَالَهُ لِأَمَتِهِ وَنَوَىٰ عِتْقَهَا . . ثَبَتَ ، أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا أَوْ لاَ نِيَّةَ . . فَكَٱلزَّوْجَةِ . . . .

وكذلك الحكم لو نوىٰ تحريم فرجها أو وطئها ، وكذا لو قال لها : الحل منك علي حرام .

قال : (**وعليه كفارة يمين**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ .

وروى النسائي [سك ٨٨٥٧] عن أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حرم مارية علىٰ نفسه . . أنزل الله تعالى الآية .

وقاس الشافعي تحريم الزوجة علىٰ تحريم الأمة .

والمراد : مثل كفارة اليمين ، وليست هٰذه يميناً ، وما وقع في « الوسيط » من كونها يميناً خلاف الصواب ؛ لأن اليمين لا تنعقد إلا باسم من أسماء الله تعالىٰ أو صفة من صفاته .

ثم هل تجب الكفارة في الحال أو بعد الوطء؟ وجهان : أصحهما : الأول ؛ لأن الله تعالىٰ فرضها دون شرط الإصابة .

قال : (**وكذا إن لم تكن نية في الأظهر**) ؛ لعموم ما تقدم من تحريم مارية .

وفي « الصحيحين » [خ ٤٩١١ـ م ١٤٧٣] عن ابن عباس : أنه كان يقول : في ذلك كفارة يمين وقال : ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ ، ولأن لفظة التحريم صريحة في وجوب الكفارة فلا معنىٰ للنية .

وروى البيهقي [٧/ ٣٥١] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت الآية أمر كل من حرم علىٰ نفسه ما كان حلالاً أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة مساكين أو يكسوهم) .

قال : (**والثاني : لغو**) ؛ لأنه لو كان صريحاً . . لما انصرف إلىٰ غيره بالنية .

وفي قول : يجب في الأمة دون الزوجة للآية .

قال : (**وإن قاله لأمته ونوىٰ عتقها . . ثبت**) ؛ إذ الأعمال بالنيات ، وهٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**أو تحريم عينها أو لا نية . . فكالزوجة**) فلا تحرم ، وعليه كفارة يمين في الأولىٰ وكذا في الثانية على الأظهر .

وَلَوْ قَالَ : هَذَا ٱلثَّوْبُ أَوِ ٱلطَّعَامُ أَوِ ٱلْعَبْدُ عَلَيَّ حَرَامٌ . . فَلَغْوٌ . . . .

كل هٰذا في أمة تحل له ، فإن كانت محرمة عليه على التأبيد كالأخت . . لم يلزمه شيء ؛ لصدقه في وصفها ، وإن كانت معتدة أو مرتدة أو مجوسية أو مزوجة أو صائمة أو حائضاً أو نفساء . . فثلاثة أوجه :

أحدها : أن الجواب كذلك .

والثاني : تجب الكفارة .

والثالث : أن التحريم إن كان سريع الزوال كالصوم والحيض والنفاس . . وجبت ، وإن كان بطيئه كالنكاح والعدة . . لم تجب .

ويجري الخلاف فيما إذا قال لزوجته وهي متصفة بشيء من هٰذه الصفات التي يمكن اتصافها به كعدة الشبهة والإحرام ، ولو خاطب الرجعية به . . لم يلزمه شيء .

قال : (**ولو قال : هٰذا الثوب أو الطعام أو العبد علي حرام . . فلغو**) لا يتعلق به كفارة ولا غيرها ؛ لما روى الترمذي [٣٠٥٤] عن ابن عباس : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ؛ إني إذا أصبت اللحم . . انتشرت للنساء وأجد شهوة ، وإني حرمته علىٰ نفسي ، فأنزل الله تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾ وقال : حسن غريب .

وحكى ابن الصلاح في « طبقاته » عن أبي عبيد علي بن الحسين بن حربويه : أنه أوجب الكفارة علىٰ من حرم ذلك ، وسوىٰ بينه وبين تحريم البضع من الزوجة .

فروع :

قال : كل ما أملكه حرام علي ، وله زوجات وإماء ومال ، ونوىٰ تحريمهن أو أطلق وجعلناه صريحاً ، أو قال لأربع زوجات : أنتن علي حرام . . اكتفىٰ في الجميع بكفارة واحدة على المذهب .

ولو قال لزوجته : أنت حرام مراراً ونوىٰ تحريم عينها أو لم ينوه ، فإن كان في مجلس . . كفته كفارة واحدة ، أو مجالس وأراد التأكيد . . فكذلك ، وإن أراد الاستئناف . . فالأصح : أن عليه لكل مرة كفارة ، وإن أطلق . . ففي تعددها قولان .

وَشَرْطُ نِيَّةِ ٱلْكِنَايَةِ : ٱقْتِرَانُهَا بِكُلِّ ٱللَّفْظِ ، . . . .

ولو قال : متىٰ ما قلت لامرأتي : أنت علي حرام فإني أريد الطلاق ، ثم قال لها ذلك بعد مدة . . فالأصح : أنه كما لو ابتدأ ؛ لاحتمال أن نيته تغيرت .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً أوْ لا ـ بإسكان الواو ـ لم يقع شيء كما لو قال : هل أنت طالق .

ولو قال : أنت طالق أوَّلاً ـ بتشديد الواو ـ وهو يعرف العربية . . طلقت ، والمعنىٰ : أنت أوَّلةٌ في الطلاق .

ولو قال : لستِ لي بزوجة . . فوجهان :

أحدهما : لا يقع شيء .

وأصحهما : أنه كناية .

ولو قال : أنت طال ولم ينطق بالقاف . . طلقت ؛ حملاً على الترخيم ، وقال البوشنجي : ينبغي أن لا تطلق وإن نوىٰ .

حادثة :

سئل الشيخ عن رجل قال لزوجته : الطلاق يلزمني ما تكوني لي يا امرأة ، فقال : تطلق بذلك الطلاق الذي حلف ، إن كان ثلاثاً . . فثلاث ، وإن كان واحدة . . فواحدة .

ونظير المسألة : ما أفتىٰ به ابن الصلاح أنه لو قال لجماعة عند سفره : اشهدوا عليَّ أني إن غبت عنها سنة فما أنا لها بزوج ولا هي لي بامرأة . . فأجاب بأن هـٰذا في الظاهر إقرار بزوال الزوجية بعد سنة ، فيحكم بصحته ظاهراً ولها التزوج بعد انقضاء عدتها ، وأما باطناً فيتوقف علىٰ أن يكون نوى الطلاق بذلك ، أو وجد منه سبب من أسباب الفرقة .

قال : (**وشرط نية الكناية : اقترانها بكل اللفظ**) ؛ لأنها إذا قارنت البعض . . فالذي قارنته غير مستقل بالإفادة .

وقيل : يشترط اقترانها بأوله ؛ إذ بذلك يعرف قصده من اللفظ ويلحق بالصريح ،

وَإِشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَغْوٌ ، وَقِيلَ : كِنَايَةٌ . وَيُعْتَدُّ بِإِشَارَةِ أَخْرَسَ فِي ٱلْعُقُودِ وَٱلْحُلُولِ ، فَإِنْ فَهِمَ طَلَاقَهُ بِهَا كُلُّ أَحَدٍ . . فَصَرِيحَةٌ ، وَإِنِ ٱخْتَصَّ بِهَا فَطِنُونَ . . فَكِنَايَةٌ . . . .

ولا يضر أن تعزب في آخره ، وهـٰذا رجحه في « الشرح الصغير » ، ونقل ترجيحه في « الكبير » عن الإمام والغزالي ، وهو المفتىٰ به خلاف ما وقع في الكتاب ، ولم يتعرضوا لاقترانها بوسط اللفظ كما إذا اقترنت بالتاء من أنت وبالياء من بائن .

وقضية ما ذكره الرافعي عن المتولي من تشبيه الخلاف هنا بالخلاف في الجمع بين الصلاتين : أن يأتي خلاف هنا أيضاً في الاكتفاء بها في الوسط كما هو في الجمع بين الصلاتين ، وبه صرح في « التتمة » و« البيان » .

قال : (**وإشارة ناطق بطلاق لغو**) وإن أفهم بها كل أحد ؛ لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة يوهم أنه غير قاصد للطلاق .

قال : (**وقيل : كناية**) ؛ لحصول الإفهام بها كما لو كتب .

وفي ثالث : إن وقعت جواباً للسؤال بأن قالت : طلقني فأشار بيده اذهبي ونوىٰ . . كان كناية ، وإلا . . فلا .

قال : (**ويعتد بإشارة أخرس في العقود والحلول**) ؛ لما تقدم في البيع ، وسواء أمكنه الكتابة أم لا ، وقيل : إن أحسنها . . فكإشارة الناطق .

ودخل في الحلول والفسوخ ما أشبهها من الطلاق والعتاق ونحو ذلك ، وكذلك يعتبر في الأقارير والدعاوىٰ ، وقد تقدم ما يستثنىٰ من ذلك .

قال : (**فإن فهم طلاقه بها كل أحد . . فصريحة ، وإن اختص بها فطِنون . . فكناية**) كما في لفظ الناطق ، فإذا لم يفهم . . فلا اعتبار بها قطعاً ، ومن الأصحاب من جعل إشارته صريحة مطلقاً .

و(الفطنون) جمع فطن وهو : الفاهم ، وضده الغبي ، ومن الأمثال الشهيرة : البطنة تذهب الفطنة .

وإذا كتب الأخرس الطلاق . . فالأصح : أنه كناية في حقه ؛ لاحتمال تجربة القلم .

وَلَوْ كَتَبَ نَاطِقٌ طَلاَقاً ، وَلَمْ يَنْوِهِ . . فَلَغْوٌ ، وَإِنْ نَوَاهُ . . فَٱلأَظْهَرُ : وُقُوعُهُ ، فَإِنْ كَتَبَ : إِذَا بَلَغَكِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . . فَإِنَّمَا تَطْلُقُ بِبُلُوغِهِ ، . . . .

قال : (**ولو كتب ناطق طلاقاً ، ولم ينوه . . فلغو**) ؛ إذ لا لفظ ولا نية ويحتمل تجربة القلم ، وقيل : تطلق ويكون ذلك صريحاً ؛ لأن الكتابة أحد الخطابين .

وصورة مسألة الكتاب : أن لا يتلفظ بما كتبه ، فإن تلفظ بها واقترنت به نية . . طلقت جزماً .

قال : (**وإن نواه . . فالأظهر : وقوعه**) ؛ لأنها قويت بالنية .

والثاني : لا ؛ لأنه فعل من قادر على القول فلم يقع بها الطلاق كإشارته ، وقطع بهـٰذا قوم ، وبالأول آخرون ، فكان ينبغي أن يعبر بـ(المذهب) ، لـٰكن المصحح طريقة القولين ، والأصح : طردهما في الغائب والحاضر .

وضابط المكتوب عليه : كل ما ثبت الخط عليه من كاغد ولوح و رَقٍّ وثوب وحجر وعظم ونحوه ، سواء كتب بحبر أو مداد أو غيرها ، أو نقر صورة الأحرف في خشب أو حجر ، وكذا لو خط على الأرض .

فلو رسم صورة الحروف في الماء والهواء . . فليس ذلك بكتابة على المذهب ، وقال الإمام : لا يمتنع أن يلحق ذلك بإشارة القادر ، ونازعه الرافعي فيه .

قال : (**فإن كتب : إذا بلغك كتابي فأنت طالق . . فإنما تطلق ببلوغه**) وكذا إذا جاءك ووصل إليك ؛ لأنه تعليق ، لـٰكن المراد بلوغه علىٰ صفته ، ووراء ذلك أحوال :

أحدها : أن يصل وقد انمحىٰ جميع ما فيه بحيث لا تمكن قراءته . . فلا تطلق على الصحيح .

الثاني : أن ينمحي ويبقىٰ أثره بحيث تمكن قراءته . . فتطلق .

الثالث : أن يصل بعض القرطاس دون بعض ، فإن كان الضائع موضع الطلاق . . لم تطلق ؛ لأن الذاهب مقصود الكتاب فلم ينطلق الاسم على الباقي ، أو لأن الكتاب اسم لجميع أجزائه ولم يأتها جميعه .

وَإِنْ كَتَبَ : إِذَا قَرَأْتِ كِتَابِي ـ وَهِيَ قَارِئَةٌ ـ فَقَرَأَتْهُ . . طَلَقَتْ ، وَإِنْ قُرِىءَ عَلَيْهَا . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَارِئَةً فَقُرِىءَ عَلَيْهَا . . طَلَقَتْ . . . .

وفي وجه : يقع ؛ لأن الكتاب قد جاء .

وقيل : إن كتب إذا بلغك كتابي هـٰذا أو الكتاب . . لم تطلق ، وإلا . . طلقت .

وإن كان الذاهب السوابق واللواحق كالبسملة والحمد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم . . فالأصح : الوقوع أيضاً .

فروع :

كتب : إذا أتاك طلاقي فأنت طالق . . طلقت ، وإن أتاها غيره . . فلا ، وإن كتب : إذا أتاك نصف كتابي فأتاها كله . . ففي الوقوع وجهان، أصحهما عند المصنف : نعم .

ولو ادعت أن كتابه وصل إليها بالطلاق فأنكر الكتابة . . صدق بيمينه ، فإن أقامت بينة أنه خطه . . لم تسمع إلا أن يراه الشاهد يكتبه ويحفظه معه بحيث لا يغيب عنه إلىٰ حين الشهادة ؛ لاحتمال التزوير .

قال : (**وإن كتب : إذا قرأت كتابي ـ وهي قارئة ـ فقرأته . . طلقت**) ؛ لوجود المعلق عليه ، سواء تلفظت بذلك أم لا ، بل يكفي فهم ذلك ، وهـٰذا ميل للمعنىٰ لا للفظ وهو يخالف ما سيأتي، فإن قرأت بعضه . . فكما لو وصل إليها بعض الكتاب دون بعض .

قال : (**وإن قرىء عليها . . فلا في الأصح**) ؛ لأنها لم تقرأه .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصود علمها بما فيه كالتعليق برؤية الهلال ، وهـٰذا بخلاف القاضي إذا كتب إليه من ولاه إذا قرأت كتابي فأنت معزول ـ وهو يحسن القراءة ـ فقرىء عليه . . فإنه ينعزل في الأصح ؛ لأن المقصود إعلامه بالحال ، والفرق : أن العادة في الحكام أن تقرأ عليهم المكاتيب .

قال : (**وإن لم تكن قارئة فقرىء عليها . . طلقت**) ؛ لأن القراءة في حق الأمية محمولة على الاطلاع بخلاف القارئة .

وقيل : لا تطلق كالتعليق بالمستحيل .

فَصْلٌ :

لهُ تَفْوِيضُ طَلاَقِهَا إِلَيْهَا . وَهُوَ تَمْلِيكٌ فِي ٱلْجَدِيدِ فَيُشْتَرَطُ لِوُقُوعِهِ تَطْلِيقُهَا عَلَى ٱلْفَوْرِ ، ....

تتمة :

جميع ما تقدم إذا كان الزوج يعلم حالها ، فإن لم يعلم هل هي قارئة أو أمية . . فأقوى احتمالي الرافعي انعقاد التعليق علىٰ قراءتها بنفسها ؛ نظراً إلىٰ حقيقة اللفظ ، وعلىٰ هٰذا فترد هٰذه الصورة على المصنف .

قال : (**فصل :**

له تفويض طلاقها إليها) بالإجماع ، هٰذا في تفويض التنجيز ، أما تفويض التعليق فلا يصح ؛ لأنه يمين ، واليمين لا تدخلها النيابة .

وصورة التفويض الصحيح : أن يقول لها : طلقي نفسك أو طلقي نفسك إن شئت .

قال : (**وهو تمليك في الجديد**) ؛ لأنه يتعلق بغرضها فنزل منزلة قوله : ملكتك .

قال : (**فيشترط لوقوعه تطليقها على الفور**) ؛ لأن شأن التمليك القبول على الفور ، وأتى المصنف بـ(الفاء) ؛ ليدل علىٰ أن هٰذه الأحكام مفرعة على الجديد ، وهو الذي عليه الجمهور .

وقال ابن القاص وغيره : يكفي في الفور أن تقع في مجلس التخاطب ، ونص عليه الشافعي ما لم يعرض قاطع من موته أو جنونه أو رجوعه أو التشاغل عنه بقول أو فعل .

وقال ابن المنذر : لها أن تطلق متىٰ شاءت .

كل هٰذا إذا لم يقل لها : طلقي نفسك متىٰ شئت ، فإن قاله . . طلقت متىٰ شاءت ، وكذلك إذا صرح بلفظ التوكيل بأن قال لها : وكلتك في طلاق نفسك . . فالصحيح : أنه لا يشترط الفور .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : طَلِّقِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقتْ . . بَانَتْ وَلَزِمَهَا ٱلأَلْفُ . وَفِي قَوْلٍ : تَوْكِيلٌ ، فَلاَ يُشْتَرَطُ فَوْرٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي ٱشْتِرَاطِ قَبُولِهَا خِلاَفُ ٱلْوَكِيلِ . وَعَلَى ٱلْقَوْلَيْنِ : لَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا . وَلَوْ قَالَ : إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فَطَلِّقِي . . لَغَا عَلَى ٱلتَّمْلِيكِ . وَلَوْ قَالَ : أَبِينِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ : أَبَنْتُ وَنَوَيَا . . وَقَعَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ .

قال : (**وإن قال لها : طلقي بألف فطلقت . . بانت ولزمها الألف**) ويكون تمليكاً بعوض كالبيع ، ويعتبر فيها جواز التصرف كالخلع .

قال : (**وفي قول : توكيل**) كما لو قال لأجنبي : طلقها .

قال : (**فلا يشترط فور في الأصح**) أي : في قبوله أو تطليقها كما في توكيل الأجنبي .

والثاني : يشترط ؛ لما فيه من شائبة التمليك ، وهـٰذا احتمال للقاضي حسين لا وجه محقق .

قال : (**وفي اشتراط قبولها خلاف الوكيل**) أي : المتقدم في بابه ، ويأتي الوجه الفارق بين صيغة الأمر كطلقي نفسك وبين صيغة العقد كوكلتك في طلاق نفسك .

قال : (**وعلى القولين : له الرجوع قبل تطليقها**) ؛ لأنه إما توكيل أو تمليك لم يتصل به قبول ، وإذا صح الرجوع فطلقت قبل علمها به . . فوجهان في « الحاوي » كوكيل القصاص .

قال (**ولو قال : إذا جاء رمضان فطلقي . . لغا على التمليك**) كما إذا قال : ملكتك هـٰذا العبد إذا جاء رأس الشهر ، وعلىٰ مقابله : يصح كما لو قال لأجنبي : طلقها إذا جاء رمضان أو بعد شهر ونحوه .

قال : (**ولو قال : أبيني نفسك فقالت : أبنت ونويا**) أي : هو التفويض إليها وهي تطليق نفسها بذلك (. . **وقع**) ؛ لأن الكناية مع النية كالصريح .

قال : (**وإلا . . فلا**) يعني إذا لم ينويا أو لم ينو أحدهما . . لم يقع ، أما إذا لم ينو الزوج . . فلأنه لم يفوض الطلاق إليها ، وأما إذا لم تنو هي . . فلأنها ما امتثلت .

وعن أبي حنيفة : تكفي نية الزوج ، ولا حاجة لنيتها .

وَلَوْ قَالَ : طَلِّقِي فَقَالَتْ : أَبَنْتُ وَنَوَتْ ، أَوْ أَبِينِي وَنَوَىٰ فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ . . وَقَعَ . وَلَوْ قَالَ : طَلِّقِي وَنَوَىٰ ثَلَاثاً فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ وَنَوَتْهُنَّ . . فَثَلَاثٌ ، وَإِلاَّ . . فَوَاحِدَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ . لَوْ قَالَ : ثَلَاثاً فَوَحَّدَتْ أَوْ عَكْسُهُ . . فَوَاحِدَةٌ . . . .

قال : (**ولو قال : طلقي فقالت : أبنت ونوت**) أي : نفسها (**أو أبيني ونوىٰ فقالت : طلقت . . وقع**) كما لو قال : بع فباع بلفظ التمليك ، وقال ابن خيران وابن حربويه : لا يقع للمخالفة .

تنبيه :

عبر في « المحرر » عن الأولىٰ بقوله : طلقي نفسك ، وفي الثانية بأبيني نفسك ، وهي تقتضي اعتبار النفس فيهما ، وحذفها المصنف ؛ لينبه علىٰ أنه ليس بشرط ، وهو الأصح في « الكفاية » و« تعليق القاضي حسين » ، ونقله عن النص ؛ لأن تقديره : طلقت نفسي .

وأفهمت عبارته أيضاً : أن التخالف في الصريح لا يضر من باب أولىٰ كما لو قال : طلقي نفسك فقالت : سرحت ، ولا خلاف فيه .

قال : (**ولو قال : طلقي ونوىٰ ثلاثاً فقالت : طلقت ونوتهنّ . . فثلاث**) ؛ لأن اللفظ يحتمل وقد نوياه .

قال : (**وإلا . . فواحدة في الأصح**) المراد : إذا لم تنو هي العدد .

والأصح : واحدة ؛ لأن صريح الطلاق كناية في العدد وهي لم تنو عدداً .

والثاني : ثلاث ، وكأنه فوض إليها أصل الطلاق وتولىٰ بنفسه قصد العدد .

ومحل الوجهين إذا نوىٰ هو الثلاث ولم تنو هي عدداً ، أما إذا لم ينو واحد منهما أو نوت هي دونه . . فواحدة لا يتجه غيره .

قال : (**ولو قال : ثلاثاً فوحدت أو عكسه . . فواحدة**) أما الأولىٰ . . فلأن ما أوقعته داخل في المفوض إليها ، وقال مالك : لا يقع شيء .

وأما في الثانية . . فلأن من ملك إيقاع طلقة تقع الطلقة إذا طلق ثلاثاً ، كما لو لم يملك الزوج إلا واحدة فقال أنت طالق ثلاثاً .

فَصْلٌ :

مَرَّ بِلِسَانِ نَائِمٍ طَلاَقٌ . . لَغَا . لَوْ سَبَقَ لِسَانُهُ بِطَلاَقٍ بِلاَ قَصْدٍ . . لَغَا ، . . . .

تنبيه :

في « فتاوى البغوي » : لو قال : طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فراجع . . فلها أن تطلق ثانية وثالثة .

ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً فقالت : طلقت ولم تذكر عدداً ولا نوته . . فالمذهب : وقوع الثلاث ، وفيه احتمال للإمام : أنه يقع واحدة ، وإذا كان التفويض أو تطليقها بكناية . . فالقول قول الناوي مثبتاً كان أو نافياً ، قاله المتولي وغيره .

قال ابن الرفعة : صورة المسألة : أن يقع الاختلاف بينها وبين الوارث فتقول : إنها نوت ليحرمها الإرث ، فلو كان الزوج هو المدعي . . واخذناه بدعواه ؛ لأنه حق عليه إلا أن يبدي عذراً كما لو قال : هـٰذا ملكي وملك من اشتريت منه ثم ظهر مستحقاً . . فإنه يرجع بالثمن .

قال : (**فصل :**

مر بلسان نائم طلاق . . لغا) ؛ لرفع القلم عنه ، فلو استيقظ وقال : أجزت ذلك الكلام أو أوقعته فلغو أيضاً ، خلافاً لأبي حنيفة في أوقعته .

والمبرسم والمغمىٰ عليه كالنائم ، وكأن المصنف يستغني عن هـٰذا باشتراط التكليف في أول الباب .

ولو تلفظ بالطلاق ثم قال : كنت حينئذ صبياً أو نائماً . . قال أبو العباس الروياني : يصدق بيمينه ، قال في « الروضة » : وفي تصديق النائم نظر بخلاف الصبي .

قال : (**ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد . . لغا**) كاليمين بالله تعالىٰ ، وكذلك إذا تلفظ بالطلاق حاكياً كلام غيره ، وكذا الفقيه إذا كرر لفظ الطلاق في تصويره ودرسه ، وكذلك إذا ظن طهارتها من الحيض فقال أنت الآن طاهر فسبق لسانه إلىٰ أنت طالق .

وَلاَ يُصَدَّقُ ظَاهِراً إِلاَّ بِقَرِينَةٍ . وَلَوْ كَانَ ٱسْمُهَا طَالِقاً فَقَالَ : يَا طَالِقْ ، وَقَصَدَ ٱلنِّدَاءَ . . لَمْ تُطَلَّقْ ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِنْ كَانَ ٱسْمُهَا طَارِقاً أَوْ طَالِباً فَقَالَ : يَا طَالِقُ ، وَقَالَ : أَرَدْتُ ٱلنِّدَاءَ فَٱلْتَفَّ ٱلْحَرْفُ . . صُدِّقَ . . . .

قال : (**ولا يصدق ظاهراً إلا بقرينة**) ؛ لأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده ، فإذا قال : طلقتك ثم قال : سبق لساني وإنما أردت طلبتك . . فالنص : أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه ، وعن الماوردي وغيره : أن هـٰذا في المتهم ، فإن ظنت صدقه بأمارة فلها القبول ولا مخاصمة ، ولمن سمعه وعرف الحال أن لا يشهد عليه .

ونقل الشيخان عن أبي العباس الروياني في « الفروع المنثورة » : أن من سمع لفظ طلاق من رجل وتحقق أنه سبق لسانه إليه . . لم يكن له أن يشهد عليه بمطلق الطلاق ، ويؤيد ذلك نص الشافعي فيمن سمع رجلاً سبق لسانه إلىٰ كلمة كفر أنه لا يحل له أنه يشهد عليه بذلك .

قال : (**ولو كان اسمها طالقاً فقال : يا طالق ، وقصد النداء . . لم تطلق**) ؛ لأنه صرفه عن معناه ، وكون اسمها كذلك قرينة تسوغ تصديقه .

وكذلك الحكم لو كان له عبد اسمه حر أو معتوق فناداه بذلك قاصداً النداء . . لم يعتق .

قال : (**وكذا إن أطلق في الأصح**) ؛ لأن الظاهر إرادة الاسم .

والثاني : تطلق ؛ لصراحة اللفظ ، وهما يقربان من القولين فيما إذا كرر أنت طالق ولم يقصد تأكيداً ولا تكراراً .

وضبط المصنف (يا طالقْ) بتسكين القاف ، وكأنه يشير إلىٰ أنه إذا قال : يا طالقُ بالضم . . لا تطلق[1] ؛ لأنه يرشد إلى العلمية ، وإن قال : يا طالقاً بالنصب . . تعين صرفه إلى التطليق ، وينبغي في الحالين أن لا يرجع إلىٰ دعوىٰ خلافه .

قال : (**وإن كان اسمها طارقاً أو طالباً فقال : يا طالق ، وقال : أردت النداء فالتف الحرف . . صدق**) أي : ظاهراً ؛ لأنها قرينة واضحة فيصدق جزماً ، وخالف

---

(١) أي مطلقاً .

وَلَوْ خَاطَبَهَا بِطَلَاقٍ هَازِلاً أَوْ لَاعِباً ، أَوْ وَهُوَ يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً ؛ بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ ، أَوْ نَكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ . . وَقَعَ . . . .

ما إذا قال : أنت طالق وهو يحل وثاقها وقال : أردت الطلاق من الوثاق ؛ فإن في تصديقه خلافاً[1] .

قال : (**ولو خاطبها بطلاق هازلاً أو لاعباً ، أو وهو يظنها أجنبية ؛ بأن كانت في ظلمة ، أو نكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم . . وقع**) أما وقوع طلاق الهازل . . فحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، وأما ما عداه . . فمقيس عليه .

وروىٰ أبو داوود [٢١٨٨] والترمذي [١١٨٤] والحاكم [١٩٨/٢] كلهم عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق والنكاح والرجعة » .

قال البغوي في « شرح السنة » : وخص الثلاث ؛ لتأكد أمر الفرج ، ولأن البيع وسائر التصرفات تنعقد بالهزل على الأصح وإن كان ظاهر الحديث يقتضي المنع فيما سوى الثلاث .

وظاهر إطلاق المصنف : أنه يقع ظاهراً وباطناً ، وهو كذلك في الهازل ، خلافاً للإمام ؛ فإنه قال : يدين كالجاد .

وأما في الثانية . . ففي « الروضة » : أن في الوقوع باطناً وجهين بناهما المتولي على البراءة من المجهول ، إن قلنا : لا يصح . . لم تطلق باطناً . اهـ وهو يقتضي ترجيح المنع .

والهزل واللعب في كلام الفقهاء واللغويين كالمترادف .

وقال في « الفائق » : الهزل واللعب من وادي الاضطراب ، والذي يشهد له الاستعمال : أن الهزل يخص الكلام واللعب أعم ، وقد يقال : الهزل قصد اللفظ دون المعنىٰ بأن يختار التلفظ بالكلمة ولا يرضىٰ بمعناها .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَلَوْ لَفَظَ عَجَمِيٌّ بِهِ بِٱلْعَرَبِيَّةِ وَلَمْ يَعْرِفْ مَعْنَاهُ . . لَمْ يَقَعْ ، . . . .

مهمة :

في « البسيط » : أن واعظاً طلب شيئاً من الحاضرين فلم يعطوه فقال متضجراً منهم : طلقتكم ولم يعلم أن زوجته فيهم ، ثم تبين أنها فيهم . . فأفتى الإمام بطلاقها ، وفي القلب منه شيء .

قال الرافعي : ينبغي أن لا تطلق ؛ لأنه عام يقبل الاستثناء بالنية ، فأشبه استثناء بعض من سلم عليهم بالنية فإنه إذا لم يعلم أنها فيهم مقصوده غيرها .

وفرق المصنف بأن المسلم علم بوجود المستثنىٰ فاستثناه ، وهنا بخلافه ، فإفتاء الإمام عجيب ؛ فإنه لم يقصد بلفظ الطلاق معناه ، وأيضاً النساء لا يدخلن في خطاب الرجال عند الجمهور إلا بدليل ، فلا تطلق لهـٰذا إلا لما قاله الرافعي . اهـ

والحق : أن مسألة الواعظ ومسألة ما إذا خاطبها وهو يظنها أجنبية واحدة ، فإما أن يقال بالوقوع فيهما أو لا فيهما ، ثم يرد على الشيخين أنهما نقلا عن الروياني أنه لو قال : كل امرأة لي في السكة طالق وزوجته . . فيها تصحيح : أنها تطلق ولم يتعقباه بنكير .

وعن « فتاوى الغزالي » : لو زاحمته امرأة فقال : تأخري يا حرة فبانت أمته : أنها لا تعتق وهما نظير مسألة الواعظ .

قال : (**ولو لفظ عجمي به بالعربية ولم يعرف معناه . . لم يقع**) كما لو لقن كلمة الكفر وهو لا يعرف معناها فتكلم بها . . لا يحكم بكفره .

قال المتولي : هـٰذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط ، فإن كان . . لم يصدق في الحكم ويدين باطناً .

وقال في « الإستقصاء » : يصدق في أنه لا يعرف معناها مطلقاً ، والمسألة في « الشرحين » و« الروضة » و« المحرر » مصورة بما إذا تلفظ بذلك بعد التلقين ، وتعبير المصنف يقتضي أنه لا فرق .

والمراد بـ(العجمية) : لغة لا يعرفها ، لا خصوص لغة .

وَقِيلَ : إِنْ نَوَىٰ مَعْنَاهَا . . وَقَعَ . وَلاَ يَقَعُ طَلاَقُ مُكْرَهٍ ، . . . .

قال : (**وقيل : إن نوىٰ معناها**) أي : عند أهل تلك اللغة (. . **وقع**) ؛ لأنه قصد لفظ الطلاق لمعناه ، واختاره الماوردي .

قال : (**ولا يقع طلاق مكره**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داوود [٢١٨٧] وابن ماجه [٢٠٤٦] ، وصححه الحاكم [٢/١٩٨] .

قال الشافعي وأبو عبيد والخطابي والقتبي : (الإغلاق) : الإكراه ، وبالقياس على الردة بالإكراه .

وفي « سنن البيهقي » [٧/٣٥٧] : أن رجلاً علىٰ عهد عمر تدلىٰ من جبل يشتار عسلاً فأمسكت امرأته الحبل وقالت : طلقني ثلاثاً وإلا قطعته ، فذكرها الله والإسلام فأبت ، فطلقها ثلاثاً ، ثم أخبر بذلك عمر فقال : (ليس هـٰذا بطلاق) ووافقه علي وابن عباس وابنه عبد الله وزيد بن ثابت ، ولا مخالف لهم من الصحابة فصار إجماعاً ، واحتج له البخاري بحديث : « الأعمال بالنيات » أراد : أن المكره طلق لفظاً من غير نية .

وحكى القاضي قولاً : إنه يقع ؛ لعموم قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ ﴾ والمراد : من أكره بغير حق ، أما المكره بحق . . فيقع طلاقه كإكراه القاضي المولىٰ بعد المدة ، واستشكله الرافعي وابن الرفعة بأنه لا يؤمر بالطلاق عيناً بل به أو الفيئة ، ولأن القاضي لا ينتهي في ذلك إلىٰ صفة الإكراه من القتل أو القطع ، ولذلك أسقط مسألة المولىٰ من « الشرح الصغير » و« المحرر » ، وأيضاً القاضي هو المطلق على المولىٰ على الأصح ، لـٰكن يستثنىٰ ما إذا نوى المكره حال التلفظ الطلاق . . فإنه يقع على الأصح كما تقدم .

وأما إذا أكرهه غيره علىٰ طلاق زوجة نفسه . . فيقع على الأصح ؛ لأنا إنما سلبناه حكم لفظه لدفع الضرر عنه ، وليس في إيقاع الطلاق ضرر عليه ، ومن الأصحاب من قال : لا يقع ؛ لعموم الإكراه .

ولو نذر عتق عبد بعينه وامتنع من عتقه فأكره عليه . . نفذ ، قاله في « البحر » ، وجعله إكراهاً بحق .

فَإِنْ ظَهَرَ قَرِينَةُ ٱخْتِيَارٍ ؛ بِأَنْ أُكْرِهَ عَلَىٰ ثَلاَثٍ فَوَحَّدَ ، أَوْ صَرِيحٍ أَوْ تَعْلِيقٍ فَكَنَىٰ أَوْ نَجَّزَ ، أَوْ عَلَىٰ طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ ، أَوْ بِٱلْعُكُوسِ . . وَقَعَ . وَشَرْطُ ٱلإِكْرَاهِ : قُدْرَةُ ٱلْمُكْرِهِ عَلَىٰ تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ بِوِلاَيَةٍ أَوْ تَغَلُّبٍ ، وَعَجْزُ ٱلْمُكْرَهِ عَنْ دَفْعِهِ بِهَرَبٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَظَنُّهُ أَنَّهُ إِنِ ٱمْتَنَعَ . . حَقَّقَهُ . . . .

قال : (**فإن ظهر قرينة اختيار ؛ بأن أكره علىٰ ثلاث فوحد ، أو صريح أو تعليق فكنىٰ أو نجز ، أو علىٰ طلقت فسرح ، أو بالعكوس**) بأن أكره علىٰ واحدة فثلث ، أو علىٰ أن يطلق بكناية فصرح ، أو علىٰ أن ينجز فعلق ، أو علىٰ أن يقول : سرحتها فقال : طلقتها .

قال : (. . **وقع**) ؛ لأن مخالفته تشعر باختياره فيما أتىٰ به .

وكذا إذا أكره علىٰ طلاق إحدى امرأتيه فطلق واحدة معينة . . فالمذهب : الوقوع ، خلافاً للقاضي حسين ، ويجريان فيما إذا قال : اقتل أحدهما وإلا قتلتك .

قال : (**وشرط الإكراه : قدرة المكرِه علىٰ تحقيق ما هَدَّد به بولايةٍ أو تغلُّبٍ ، وعجز المكرَهُ عن دفعه بهرب أو غيره ، وظنه أنه إن امتنع . . حققه**) ؛ لأنه لا يتحقق العجز عن الدفع إلا بهـٰذه الأمور الثلاثة .

والتهديد بقتل الولد أو الوالد إكراه على الأصح ، لا بقتل ابن العم ونحوه على الصحيح ، وأمرُ السلطانِ هل هو إكراه؟ فيه قولان : أرجحهما لا ، إلا أن يعلم بالعادة أنه متىٰ خولف أوقع الفعل . . ففيه خلاف .

قال ابن الرفعة : والقياس أنه كالإكراه .

وتعبير المصنف بـ(الظن) يقتضي أنه لا يشترط التحقق وهو الأصح .

وكان ينبغي أن يقول : قدرة المكره عاجلاً فلو قال : لأقتلنك غداً . . فليس بإكراه .

وأهمل من الشروط : أن لا يكون المهدد به مستحقاً عليه فلو قال وَليُّ القصاص للجاني : طلقها وإلا اقتصصت منك . . لم يكن إكراهاً ، كذا جزم به الرافعي ، وحكى الدارمي فيه وجهين .

وَيَحْصُلُ بِتَخْوِيفٍ بِضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلاَفِ مَالٍ وَنَحْوِهَا ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ قَتْلٌ ، وَقِيلَ : قَتْلٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ ضَرْبٌ مَخُوفٌ . وَلاَ تُشْتَرَطُ ٱلتَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِيَ غَيْرَهَا ، . . . .

قال : (**ويحصل**) الإكراه (**بتخويف بضرب شديد أو حبس أو إتلاف مال ونحوها**) ؛ فإنه يعد في العرف إكراهاً ، وذلك كشتم الوجيه وصفعه ، وهي من زياداته على « المحرر » .

والمراد : أن ذلك يختلف باختلاف الناس ، ومداره على العرف الشائع ، لـٰكنه أطلق الحبس وهو مقيد بالطويل كما نقله في « الشامل » عن النص ، وصحح في « الروضة » أن إتلاف المال ليس بإكراه ، والصواب ما في الكتاب ؛ فإنه المنصوص ، لـٰكنه يختلف باختلاف الناس ، فلا يكون تخويف الموسر بأخذ خمسة دراهم إكراهاً .

قال : (**وقيل : يشترط قتل**) ؛ لحرمة النفس .

قال : (**وقيل : قتل أو قطع أو ضرب مخوف**) ؛ لإفضائها إلى الهلاك ، وهـٰذه الأوجه الثلاثة هي الموجودة للمتقدمين من العراقيين وغيرهم ، ووراءها أربعة أخرىٰ :

أحدها ـ وهو الأرجح عند الإمام ـ : لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك ولا يبالي .

والثاني ـ وهو المختار عند القاضي ـ : تشترط عقوبة بدنية يتعلق بها قود ؛ ليخرج عنه أخذ المال والحبس المؤبد .

والثالث : تشترط عقوبة شديدة تتعلق ببدنه ، فيدخل فيه الحبس الطويل ، وكذا النفي من البلد ؛ لشدة مفارقة الوطن .

والرابع ـ وهو الأصح في « الروضة »ـ : لا يشترط سقوط الاختيار ، بل إذا أكرهه علىٰ فعل يُؤْثِر العاقل الإقدام عليه حذراً مما يهدد به . . حصل الإكراه ، فينظر فيما طلب منه وما هدد به ، فقد يكون الشيء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب وشخص دون شخص .

قال : (**ولا تشترط التورية بأن ينوي غيرها**) أو يقول عقب اللفظ : إن شاء الله .

وَقِيلَ : إِنْ تَرَكَهَا بِلاَ عُذْرٍ . . وَقَعَ . وَمَنْ أَثِمَ بِمُزِيلِ عَقْلِهِ مِنْ شَرَابٍ أَوْ دَوَاءٍ . . نَفَذَ طَلاَقُهُ وَتَصَرُّفُهُ لَهُ وَعَلَيْهِ قَوْلاً وَفِعْلاً عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

وضابطه : أن ينوي ما لو صرح به . . لقبل ولم يقع الطلاق ، وليس منحصراً في أن ينوي غيرها كما توهمه عبارة المصنف .

وأصل (التورية) من وراء ، كأنه جعل البيان وراء ظهره وأعرض عنه .

قال : (**وقيل : إن تركها بلا عذر . . وقع**) ؛ لإشعاره بالاختيار .

والأصح : المنع ؛ لأنه مجبر على اللفظ ، ولا نية له تشعر بالاختيار ، فإن ترك التورية لدهشة أو نحوها . . فلا تؤثر قطعاً واندفع الطلاق .

فرع :

أمسك السلطان شخصاً بسبب غيره وطالبه به فقال : لست من أوليائه ، أو لا أعرف موضعه ، أو طلب منه مالاً فقال : ليس عندي شيء فلم يتركه حتىٰ يحلف بالطلاق فحلف كاذباً . . قال القفال وغيره : يقع الطلاق ؛ لأنه لم يكرهه ، بل هو متوصل به إلىٰ دفع الطلب عنه ، بخلاف ما إذا قال له اللصوص : لا نتركك حتىٰ تحلف بالطلاق أنك لا تذكر ما جرىٰ أو لا تخبر بنا أحداً فحلف ثم أخبر بما جرىٰ لا يقع ؛ لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق .

قال الروياني : والفتوىٰ عندي أنه يحلف ويوري ولا يقع الحنث .

قال : (**ومن أثم بمزيل عقله من شراب أو دواء . . نفذ طلاقه وتصرفه له وعليه قولاً وفعلاً على المذهب**) ؛ لما قدم أن شرط المطلق التكليف إلا السكران أخذ في بيان ذلك ، فمن تعدىٰ بتعاطي ما يزيل عقله من مسكر أو دواء مجنن أو غير ذلك كإلقاء نفسه من شاهق . . وقع طلاقه ؛ لأنه عاص بسبب الزوال فيجعل كأنه لم يزل ، ويكون كالصاحي ، ويجعل زوال العقل لكونه تعدىٰ كعدم الزوال .

أما السكران . . فلما تقدم في أول الباب من إجماع الصحابة عليه ، واستدل له الشافعي بحديث : « رفع القلم عن ثلاث » قال : والسكران ليس في معنىٰ واحد من هـٰؤلاء ، وبأنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما ، والقلم غير مرفوع عنه بخلاف المجنون .

وَفِي قَوْلٍ : لاَ ، وَقِيلَ : عَلَيْهِ . . . .

وأورد عليه النائم ؛ فإنه يقضي ولا ينفذ طلاقه ، وأجيب بأنه غير عاص بتأخير الصلاة .

قال الشافعي : وهو قول أكثر من لقيت من المفتين .

وأما المتعدي بالتداوي . . فلأنه في معناه ، واحترز به عمن أوجر خمراً أو أكره علىٰ شربها ، أو لم يعلم أنه من جنس ما يسكر ، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي . . فإنه لا يقع طلاقه ولا يصح تصرفه .

قال الرافعي : ولك أن تقول : في التداوي بالخمر خلاف ، فإن جرىٰ في الدواء المزيل للعقل قليله وكثيره . . فالمذكور هنا جواب علىٰ جواز التداوي ، ويمكن أن يقدر تخصيص الخلاف بالقدر الذي يزيل العقل .

وتصوير هـٰذه الصورة فيما إذا ظن أن القدر الذي يتناوله لا يزيل العقل وبذلك صرح بعضهم ، وإن لم يجر الخلاف في الدواء فسببه : أن الطبع يدعو إلى الخمر فاحتيج إلى الزجر ، بخلاف الدواء .

والتعبير بـ(الشراب) يتناول الخمر والنبيذ ، بخلاف اقتصار « المحرر » على الخمر .

قال : (**وفي قول : لا**) ؛ لاختلال نظره فأشبه المجنون ، واختاره المزني وابن سريج وأبو طاهر الزيادي وأبو سهل الصعلوكي وابنه سهل .

والأصح : الوقوع ، وبه قال أبو حنيفة ، وعن أحمد روايتان كالقولين ، وعن مالك قولان .

قال : (**وقيل : عليه**) كالقتل دون ماله كالاتهاب والاحتطاب ؛ تغليظاً عليه .

فائدة :

السكر : عبارة عن حالة تحصل من استيلاء أبخرة متصاعدة من المعدة علىٰ معادن الفكر ، واختلفت عبارة الأصحاب في حده :

فعن الشافعي : السكران : الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم .

وَلَوْ قَالَ : رُبُعُكِ أَوْ بَعْضُكِ أَوْ جُزْؤُكِ أَوْ كَبِدُكِ أَوْ شَعْرُكِ أَوْ ظُفْرُكِ طَالِقٌ . . وَقَعَ ، . . . .

وعن المزني : الذي لا يفرق بين الأرض والسماء وبين أمه وامرأته .

وقيل : الذي يفضح بما كان يحتشم منه .

وقيل : من يتمايل ماشياً ويهذي في كلامه .

وقيل : الذي لا يعلم ما يقول .

والأقرب الرجوع فيه إلى العادة ، فإذا انتهىٰ إلىٰ حالة يقع عليه اسم السكران . . فهو موضع الكلام ، ولم يرتض الإمام هـٰذه العبارات ، بل قال : له ثلاثة أحوال :

ـ أن تعتريه هزة وطرب ، ولا يستولي عليه الخمر ولا يزول عقله في هـٰذه الحالة .

والثانية : نهاية السكر أن يصير طافحاً ويسقط كالمغمىٰ عليه ، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك .

والثالثة : متوسطة بينهما ، وهي : أن تختلط أحواله ولا تنتظم أقواله وأفعاله ويبقىٰ تمييز وفهم ، فهـٰذه في نفوذ الطلاق فيها الخلاف ، وفي الأولىٰ ينفذ لا محالة .

وأما الثانية . . فالأظهر عند الإمام ـ وهو الذي ذكره الغزالي ـ : أنه لا ينفذ .

وقيل : على الخلاف ، قال الرافعي : وهو أوفق ؛ لإطلاق أكثرهم .

قال : (**ولو قال : ربعك أو بعضك أو جزؤك أو كبدك أو شعرك أو ظفرك طالق . . وقع**) فيما عدا الشعر والظفر بالإجماع ، وبالقياس على العتق .

قال ابن الرفعة : وكان بعض مشايخي يستشكل قياسه عليه ؛ لأنه مبغوض لله تعالىٰ والعتق محبوب لديه .

وعدد المصنف الأمثلة ؛ ليشير إلىٰ أنه لا فرق بين الجزء الشائع والمعين ، وأما إذا أضاف الطلاق إلىٰ ما ينفصل كالشعر والسن والظفر . . فكذلك على المشهور .

وفي قول : لا تطلق كما لا يبطل الوضوء بلمسه ، وبناه في « البحر » علىٰ أن فيه روحاً أم لا ، وهو يقوي ما حاوله الرافعي من طرد الوجه في الظفر .

ولو أضاف إلىٰ عضو زائد . . وقع كالأصلي ، وشرط الوقوع : دوام الاتصال ،

وَكَذَا دَمُكِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، لاَ فَضْلَةٌ كَرِيقٍ وَعَرَقٍ ، وَكَذَا مَنِيٌّ وَلَبَنٌ فِي ٱلأَصَحِّ .

فلو التصقت أذنها بعد انفصالها ثم أضاف الطلاق إليها . . لم يقع ؛ بناء علىٰ أن الزائل العائد كالذي لم يعد .

وحيث حكمنا بالوقوع هل نقول : وقع على ما سماه ثم سرىٰ إلىٰ باقيها ، أو وقع على الجملة ابتداء؟ وجهان ، أشبههما : الأول ، وتظهر فائدتهما فيما لو قال لمقطوعة يمين : يمينك طالق كما سيأتي .

ولو قال سِمَنُك طالق . . جزم القاضي والبغوي والمتولي والغزالي بأنه يقع ، وهو المجزوم به في « الشرح الصغير » ، ووقع في « الكبير » و« الروضة » : أنه لا يقع ، والمنقول المعتمد : الوقوع ، ونُسَخُ « الرافعي » في ذلك مضطربة .

ولو قال : اسمك طالق . . لم تطلق ، قال المتولي : إلا أن يريد بالاسم ذاتها ووجودها .

ولو قال : حسنك طالق . . لم تطلق على الصحيح .

قال : (**وكذا دمك على المذهب**) ؛ لأن به قوام البدن كالروح ، بخلاف غيره من الفضلات كالريق .

والثاني : لا ، كالدمع والعرق .

قال : (**لا فضلة كريق وعرق**) ؛ لأنها غير متصلة اتصال الخلقة فلا يلحقها حل ولا تحريم ، وإنما البدن وعاء لها ، وفيهما وجه ضعيف ، ويجريان في سائر الفضلات كالبول والمخاط ، وفي الأخلاط كالبلغم والمِرَتَيْن .

وفي الشحم تردد للإمام ، وميله إلىٰ عدم الوقوع ، والأقرب عند الرافعي الوقوع ، وعبر في « الروضة » بـ(طلقت في الأصح) فأشعر بوجهين ليسا في « الشرح » .

قال : (**وكذا مني ولبن في الأصح**) ؛ لأنهما متهيئان للخروج كالفضلات بخلاف الدم القار في العروق .

والثاني : الوقوع ؛ لأن أصل كل واحد منهما الدم ، والظاهر في الإضافة إلى الدم الوقوع .

وَلَو قَالَ لِمَقْطُوعَةِ يَمِينٍ : يَمِينُكِ طَالِقٌ . . لَمْ يَقَعْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ وَنَوَىٰ تَطْلِيقَهَا . . طَلُقَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقاً . . فَلاَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَنْوِ إِضَافَتَهُ إِلَيْهَا فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ . . ٱشْتُرِطَ نِيَّةُ ٱلطَّلَاقِ ، وَفِي ٱلإِضَافَةِ ٱلْوَجْهَانِ . . . .

وشمل التعبير بـ(المني) ما لو قال : جنينك طالق ، والحكم كذلك على الصحيح ؛ فإنه مني منعقد .

قال : (**ولو قال لمقطوعة يمين : يمينك طالق . . لم يقع على المذهب**) ؛ لأنا وإن جعلنا البعض عبارة عن الكل فلا بد من دخول المضاف إليه ؛ لتنتظم الإضافة ، فإذا لم تكن . . لغت الإضافة كما لو قال لها : ذكرك طالق .

والطريق الثاني : تخريجه على الخلاف ، فإن جعلناه من باب التعبير بالبعض عن الكل . . وقع ، أو من باب السراية . . فلا .

ولو قال : أنت طالق إلا يدك . . طلقت ؛ لأنها لا تتبعض .

قال : (**ولو قال : أنا منك طالق ونوىٰ تطليقها . . طلقت**) خلافاً لأبي حنيفة وأحمد .

لنا : أن على الزوج حجراً من جهتها ، فلا ينكح أختها ولا أربعاً سواها ، فإذا أضاف الطلاق إلىٰ نفسه . . أمكن حمله علىٰ هـٰذا السبب ، ومن الأصحاب من زعم أن الرجل معقود عليه وهو ضعيف ؛ لأنها لا تستحق من منافعه شيئاً .

قال : (**وإن لم ينو طلاقاً . . فلا**) ؛ لأن اللفظ خرج عن الصراحة بإضافته إلىٰ غير محله فشرط فيه ما شرط في الكناية .

قال : (**وكذا إن لم ينو إضافته إليها في الأصح**) ؛ لأن محل الطلاق المرأة دون الرجل ، واللفظ مضاف إليه فلا بد من النية الصارفة .

والثاني : يقع الطلاق ؛ لأنه وجد اللفظ وقصده فيقع ويحل محله .

قال : (**ولو قال : أنا منك بائن . . اشترط نية الطلاق**) ؛ لأنه كناية .

قال : (**وفي الإضافة**) أي : نية الإضافة إليها (**الوجهان**) أي : في قوله : **أنا منك طالق** ، وقد عرف تقريرهما .

وَلَوْ قَالَ : ٱسْتَبْرِئِي رَحِمِي مِنْكِ . . فَلَغْوٌ ، وَقِيلَ : إِنْ نَوَىٰ طَلَاقَهَا . . وَقَعَ .

فَصْلٌ :

خِطَابُ ٱلْأَجْنَبِيَّةِ بِطَلَاقٍ ، وَتَعْلِيقُهُ بِنِكَاحٍ وَغَيْرِهِ لَغْوٌ . . . .

فإن قيل : هـٰذه الصورة كان المصنف مستغنياً عنها بما قبلها ؛ لأنه إذا شرطت النية في : أنا منك طالق ـ وهي من الصرائح ـ اشترطت في : أنا منك بائن بطريق أولىٰ . .
فالجواب : أنه صرح به للتفصيل في الكنايات بين القريبة والبعيدة .

وأيضاً : فإذا لم ينو طلاقاً في قوله : أنا منك طالق . . فيه خلاف ، ولا خلاف في اشتراط النية في : أنا منك بائن ؛ لكونه كناية .

قال : (**ولو قال : استبرئي رحمي منك . . فلغو**) ؛ لأن اللفظ غير منتظم في نفسه ، والكناية شرطها : أن تحتمل معنيين فصاعداً ، وهي في بعض المعاني أظهر .

قال : (**وقيل : إن نوىٰ طلاقها . . وقع**) ، ويكون المعنىٰ : استبرئي الرحم التي كانت لي ، ورجحه البغوي فيما لو قال لها : أنا معتد منك .

تتمة :

قال المتولي : لو قال لرجل : طلق امرأتي فقال : طلقتكَ ونوىٰ وقوعه عليها . . لم تطلق ؛ لأن النكاح لا تعلق له به ، بخلاف المرأة مع الزوج .

ولو قال : مالي طالق . . قال جد الروياني : إن لم ينو التصدق به . . لم يلزمه شيء ، وإن نواه . . فالأصح : يلزمه التصدق ، وفيه وجهان :

أحدهما : يتصدق بجميعه .

والثاني : يتخير بينه وبين كفارة يمين .

قال : (**فصل :**

خطاب الأجنبية بطلاق ، وتعليقه بنكاح وغيره لغو) أما المنجز . . فبالإجماع ، وأما المعلق . . فاحتج له ابن عباس بقوله تعالىٰ : ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ الآية .

وَٱلْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَعلِيقِ ٱلْعَبْدِ ثَالِثَةً كَقَوْلِهِ : إِنْ عَتَقْتُ أَوْ إِنْ دَخَلْتِ ٱلدَّارَ . . فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً ، فَيَقَعْنَ إِذَا عَتَقَ أَوْ دَخَلَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ . . . .

وبقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق إلا بعد نكاح » رواه الأربعة[1] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وقال الحاكم [٤١٩/٢] : إنه أصح شيء ورد في الباب .

وروى الدارقطني [١٩/٤] : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ؛ إن أمي عرضت علي قرابة لها أتزوجها فقلت : هي طالق إن تزوجتها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا بأس » فتزوجها ، وبهـٰذا قال جماعة من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار .

وقال شريك : النكاح عقد والطلاق حَل ، ولا يكون الحل إلا بعد العقد ، وتعليق العتق بالملك كتعليق الطلاق بالنكاح ، فلا فرق .

وقال مالك : إن عمم بأن قال : كل امرأة أتزوجها طالق . . لم يقع ، وإن خص بمحصورات أو بامرأة معينة . . وقع .

وقال أبو حنيفة : يقع عمم أو خصص ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين .

قال : (**والأصح : صحة تعليق العبد ثالثة كقوله : إن عتقت أو إن دخلت الدار . . فأنت طالق ثلاثاً ، فيقعن إذا عتق أو دخلت بعد عتقه**) ؛ لأنه ملك أصل الطلاق فاستتبع الصفة ، ولأن مطلق النكاح يفيد الطلقات الثلاث غير أن الرق مانع من تنجيز الثالثة ، ولا يلزم من منعه من تنجيزها منعه من تعليقها ، كما أنه لا يملك في حال البدعة طلاق السنة ويملك تعليقه .

والثاني : لا يصح تعليقها ؛ لأنه لا يملك تنجيزها .

وأورد الشيخ زين الدين الكتناني علىٰ هـٰذه المسألة : أن الراجح فيما إذا ملك نصاباً وتوقع حصول نصاب من غيره فعجل عنه : عدم الجواز ، فيحتاج إلى الفرق ، والجامع أن ملك الأصل أقيم مقام ملك الفرع ، والنكاح أولىٰ ، ويمكن الفرق بأن

---

(١) أخرجه أبو داوود (٢١٨٤) ، والترمذي (١١٨١) ، وابن ماجه (٢٠٤٨) .

وَيَلْحَقُ رَجْعِيَّةً لاَ مُخْتَلَعَةً . وَلَوْ عَلَّقَ بِدُخُولٍ فَبَانَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخَلَتْ . . لَمْ يَقَعْ إِنْ دَخَلَتْ فِي ٱلْبَيْنُونَةِ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَدْخُلْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

التعجيل عن النصاب المتوقع فيه صحة إخراج الزكاة قبل سببها وهو النصاب وشرطها وهو الحول ، وهنا إذا صححنا التعليق . . فإنما صححناه بعد وجود سببه وهو النكاح وانتفاء شرطه وهو الحرية ، أو وجود مانعه وهو الرق .

قال : (**ويلحق رجعية**)؛ لبقاء ولايته عليها ؛ لأنها في عصمته ولذلك ترثه ويرثها .

وحكى الجيلي وجهاً ـ وعزاه إلى « الوسيط » ـ : أنه لا يلحقها ، وأنكره عليه ابن الرفعة ، والعجب أن الروياني حكاه في (الظهار) وهو مثل الطلاق .

قال : (**لا مختلعة**) ؛ لأنها ليست زوجة ، وبهـٰذا قال كافة العلماء .

وقال أبو حنيفة : يلحقها صريح لفظ الطلاق ، ولا تلحقها الكناية ، ولا مرسل الطلاق بأن يقول : كل امرأة لي طالق ، وبه قال ابن مسعود وأبو الدرداء ، واحتجوا بما روىٰ أبو يوسف في « أماليه » بإسناده إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة » والحديث موضوع ، ويروىٰ بإسناد ضعيف موقوفاً علىٰ أبي الدرداء[1] .

قال : (**ولو علق بدخول فبانت ثم نكحها ثم دخلت . . لم يقع إن دخلت في البينونة**) ؛ لأن اليمين انحلت بذلك الدخول ، ولأنه تعليق سبق هـٰذا النكاح فلا يؤثر كما لو علق طلاقها بالنكاح .

وقوله : (فبانت) أحسن من قول « المحرر » : فبانت بالطلاق ؛ فإن التقييد بالطلاق مضر ، وبينونتها بالفسخ كالطلاق كما جزم به الرافعي في (الردة) .

قال : (**وكذا إن لم تدخل في الأظهر**) ؛ لأنه لا جائز أن يريد النكاح الثاني ؛ لأنه يكون تعليق طلاق قبل نكاح ، فتعين أن يريد الأول ، والأول قد ارتفع ، والثاني يقع ؛ لأن التعليق والصفة وجدا في الملك ، وتخلل البينونة لا يؤثر ؛ لأنه ليس وقت الإيقاع ولا وقت الوقوع .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في « السنن » (١٤٦٧) .

وَفِي ثَالِثٍ : يَقَعُ إِنْ بَانَتْ بِدُونِ ثَلاَثٍ . وَلَوْ طَلَّقَ دُونَ ثَلاَثٍ وَرَاجَعَ أَوْ جَدَّدَ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ . . عَادَتْ بِبَقِيَّةِ ٱلثَّلاَثِ ، وَإِنْ ثَلَّثَ . . عَادَتْ بِثَلاَثٍ . وَلِعَبْدٍ طَلْقَتَانِ فَقَطْ ، . . . .

قال : (**وفي ثالث : يقع إن بانت بدون ثلاث**) ؛ لأن العائد الباقي من الطلاق فتعود بصفتها وهي : التعليق بالفعل المعلق عليه .

ولا يقع إن أبانها بثلاث ؛ لأنه استوفىٰ ما علق من الطلاق ، وهـٰذه الطلقات جديدة .

وتجري الأقوال في عود الإيلاء والظهار ، فإن قلنا بالأول وكانت الصفة مما لا يمكن إيقاعه في البينونة كقوله : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً . . فيتخلص إذا أبانها ثم نكحها ، ولا يقع في النكاح الثاني .

قال : (**ولو طلق دون ثلاث وراجع أو جدد ولو بعد زوج . . عادت ببقية الثلاث**) .

أما إذا جدد قبل أن تتزوج بغيره أو تزوجت بغيره ولم يدخل بها . . فبالإجماع تعود بما بقي ، وإن تزوجت بغيره ووطئها الزوج . . فالحكم كذلك عندنا وعند مالك وأحمد ؛ لما روى البيهقي [٧/ ٣٦٤] : أن عمر سئل عمن طلق امرأته طلقتين فانقضت عدتها وتزوجت غيره وفارقها ثم تزوجها الأول فقال : (هي عنده علىٰ ما بقي من الطلاق) ، ووافقه علىٰ ذلك علي وأبي بن كعب وعمران بن حصين ، ولا مخالف لهم .

وقال أبو حنيفة : إذا دخل بها زوج آخر . . عادت بالثلاث ، ويهدم الزوج ما بقي من طلقات الزوج الأول ؛ لأن ذلك روي عن ابن عمر وابن عباس .

وأشار المصنف بقوله : (ولو بعد زوج) إلىٰ أنه موضع الخلاف ، لـٰكن كان ينبغي أن يقول : (وإصابة) كما عبر به في « المحرر » .

قال : (**وإن ثلث . . عادت بثلاث**) بالإجماع ؛ لأنه نكاح مستقل ثبتت أحكامه .

قال : (**ولعبد طلقتان فقط**) سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ؛ لأن الاعتبار في الطلاق بالزوج ؛ لأنه المالك له .

وَلِلْحُرِّ ثَلاَثٌ . وَيَقَعُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ لاَ بَائِنٍ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : تَرِثُهُ . . . .

روى البيهقي [٧/٣٦٩] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » لـكن قال ابن الجوزي : الصواب : أنه من كلام ابن عباس .

وقال عمر رضي الله عنه : (العبد يطلق طلقتين وتعتد الأمة بقرئين)(١) .

وروى الدارقطني مرفوعاً [٤/٣٩] : « طلاق العبد اثنتان » .

والمبعض كالقن ، قاله الرافعي في أثناء الباب .

لـكن قد يملك العبد الثالثة ، وصورته : أن يطلق الذمي طلقتين ثم يحارب ويسترق ثم يريد نكاحها . . فالأصح : أنها تحل له ويملك عليها الثالثة ؛ لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين ، وطرآن الرق لا يمنع الحل الثابت .

وقيل : لا تحل ؛ لأنه رقيق طلق طلقتين .

قال : (**وللحر ثلاث**) وإن كانت زوجته أمة ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن قوله تعالىٰ : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ فأين الثالثة؟ فقال : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ ، وعمومها يشمل الأمر ، ولأن الطلاق مشروع بحالة الزوج فاعتبر بجانبه .

واعتبره أبو حنيفة بالنساء كالعدة ، واختاره ابن سريج في (كتاب الودائع) .

قال : (**ويقع في مرض موته**) كما يقع في صحته ، وحكي في ذلك الإجماع ، لـكن نقل خلافه عن الشعبي .

قال : (**ويتوارثان في عدة رجعي**) بالإجماع أيضاً ؛ لبقاء آثار الزوجية .

قال : (**لا بائن**) ؛ لانقطاع العصمة وكما لا يرثها لو ماتت قبله بالاتفاق .

قال : (**وفي القديم : ترثه**) ؛ لأنه متهم بدفع الإرث ، كما يحجب القاتل ؛ لأنه متهم بجلب الإرث ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة مستدلين بأن عبد الرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر الكلبية في مرض موته . . فورثها عثمان ، رواه مالك في « الموطأ » [٢/٥٧١] .

---

(١) أخرجه الشافعي في « المسند » (١/٢٩٨) ، والدارقطني (٣/٣٠٨) ، والبيهقي (٧/١٥٨) .

. . . .

قال ابن داوود والماوردي : فصولحت من ربع الثمن علىٰ ثمانين ألف دينار ، وقيل : دراهم .

فإن قيل : اتفقوا علىٰ أن أسباب التوارث أربعة : القرابة والنكاح والولاء والإسلام ، وتوريث المبتوتة خارج عن ذلك . . فالجواب : أنه داخل في سبب النكاح ، وهٰذا القديم منصوص عليه في الجديد أيضاً ، كما نقله سليم في « المجرد » ، والمحاملي في « المجموع » ، وإنما ترث عليه بشروط :

أحدها : كون الزوجة وارثة ، فلو طلق المسلم زوجته الذمية في المرض فأسلمت في العدة ، أو الحر زوجته الرقيقة فعتقت ، أو العبد امرأته ثم عتق ومات الزوج في هٰذه الصور . . لم ترث .

الثاني : عدم اختيارها ، فلو اختلعت أو سألت ، أو قال : أنت طالق إن شئت فشاءت ، أو اختاري نفسك فقالت : اخترت ، أو علق الطلاق بفعلها الذي لا ضرورة لها به ولا حاجة ففعلته . . فليس بفارٍّ ، ولا ترثه .

الثالث : كون البينونة في مرض مخوف ومات بسببه ، فإن برىء منه . . فلا قطعاً ، أو بسبب فسيأتي .

الرابع : كونها بالطلاق ، فلو فسخ نكاحها بعيبها في المرض . . فليس بفارٍّ على الصحيح .

ولو قذفها في الصحة أو في المرض ولاعنها في المرض . . لم يكن فارّاً ، نص عليه .

الخامس : كونه منجزاً ، فلو علق طلاقها بصفة تحتمل أن توجد في الصحة والمرض ، ولم يتعلق بفعله كقوله : إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فأنت طالق فقدم أو جاء وهو مريض . . فقولان : أصحهما ـ وبه جزم العراقيون ـ : أنه ليس بفارٍّ .

ثم إلىٰ متىٰ ترثه؟ فيه أقوال :

أحدها : ترثه في أي وقت مات .

والثاني : إن مات قبل أن تنقضي العدة . . ورثت ، وإن مات بعده . . لم ترث .

والثالث : إن مات قبل أن تتزوج . . ورثته ، وإن تزوجت . . لم ترث .

فَصْلٌ :

قَالَ : طَلَّقْتُكِ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ ، وَنَوَىٰ عَدَداً . . وَقَعَ ، وَكَذَا ٱلْكِنَايَةُ . . . . .

تتمة :

مات بسبب آخر بأن قتل في ذلك المرض . . قال المتولي وابن الصباغ : ترث ، وقطع صاحب « المهذب » وغيره بأنها لا ترث ، وحكاهما الروياني قولين ، وهـٰذا يلتفت إلىٰ أصل تقرر في (كتاب الوصية) .

ولو أبان في مرض موته أربع نسوة ونكح أربعاً ثم مات . . فالإرث للجميع على الأصح في القديم .

وقيل : للأوليات ، وقيل : للأخريات .

ولو طلق امرأة ونكح أخرىٰ . . فلا وجه إلا توريثهما .

ولو أقر في المرض أنه أبانها في الصحة . . لم يجعل فارّاً على الصحيح .

قال : (**فصل** :

قال : طلقتك ، أو أنت طالق ، ونوىٰ عدداً . . وقع) سواء المدخول بها أو غيرها ؛ لأن اللفظ صالح له وللوحدة ، فتصرف بالنية إلى العدد ؛ لأن الأعمال بالنيات .

وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يقع بقوله : (أنت طالق) إلا واحدة وإن نوى العدد ؛ لأنه صريح في الوحدة ، فلم يجز أن يجعل كناية في الثلاث ؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن يكون اللفظ الواحد صريحاً وكناية في حالة واحدة ، بخلاف نية الكناية .

وأجيب بأن المصدر مضمر فيه وهو محتمل للعدد ؛ لأنه يفسر بأعداد المصادر فيقال : أنت طالق ثلاث تطليقات .

قال : (**وكذا الكناية**) أي : إن نوىٰ لها عدداً . . وقع وقبل منه ؛ لحديث ركانة المتقدم ؛ فإنه دل علىٰ أنه لو أراد الزيادة على الواحدة . . لوقعت .

ويشترط في نية العدد : اقترانها بكل اللفظ ، فإن نوىٰ في أثنائه . . فعلىٰ ما تقدم في نية أصل الطلاق ، قاله المتولي وغيره .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنَوَىٰ عَدداً . . فَوَاحِدَةٌ ، وَقِيلَ : ٱلْمَنْوِيُّ . قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ وَاحِدَةٌ وَنَوَىٰ عَدَداً . . فَٱلْمَنْوِيُّ ، وَقِيلَ : وَاحِدَةٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . .

وعلم من قوله : (عدداً) أن الواحدة تقع من غير نية ؛ لأنها لا تسمىٰ عدداً .

قال : (**ولو قال : أنت طالق واحدة ونوىٰ عدداً . . فواحدة**) ؛ لأن المنوي مناقض للملفوظ به ، والنية مع اللفظ الذي لا يحتمل لا تعمل .

وضبط المصنف بخطه (واحدة) بالنصب ولا يختص به ، بل الرفع والجر والسكون مثله ، والتقدير في الجر : أنت ذات واحدة أو متصفة بواحدة ، أو يكون المتكلم لاحناً ، واللحن لا يمنع الحكم .

قال : (**وقيل : المنوي**) ؛ لأن الأعمال بالنيات ، وكأنه صيرها متوحدة منه بالطلاق الذي أوقعه ، وهـٰذا هو الصحيح في « الروضة » ، وكلام الرافعي مشعر به ؛ فإنه نقل الأول عن الغزالي وحده ، والثاني عن البغوي وغيره .

وفي وجه ثالث : إن بسط النية علىٰ جميع اللفظ . . فواحدة ، أو علىٰ أنت طالق فقط . . فالمنوي ، ويلغو ذكر الوحدة ، وهو مشكل .

ولو قال : أنت واحدة ـ بالنصب ـ وحذفَ لفظة طالق . . فيظهر أنه كقوله : أنت طالق واحدة ، ولم يذكره الرافعي .

ولو قال : أنت واحدة ـ بالخفض أو بالسكون على الوقف ـ فلا يبعد جريان الخلاف فيه .

قال : (**قلت : ولو قال : أنت واحدة**) أي : بالرفع (**ونوىٰ عدداً . . فالمنوي**) ؛ حملاً للتوحيد على التوحيد عن الزوج بالعدد المنوي ، والمطلقة تتوحد مرة بطلقة ومرة بأكثر فاعتبرت النية .

قال : (**وقيل : واحدة والله أعلم**) ؛ لأن السابق إلى الذهن من أنت واحدة أنها طالق واحدة كما لو قال : أنت طالق ، والخلاف جار في أنت طالق واحدة بالرفع[1] ، لـٰكنهم لم يفرقوا في هـٰذه المسائل بين من يعرف النحو وغيره ، وللفرق اتجاه .

---

(١) في هامش (ز) : (وقد ذكرها الشارح أيضاً في المسألة السابقة) .

وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً فَمَاتَتْ قَبْلَ تَمَامِ طَالِقٌ . . لَمْ يَقَعْ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ ثَلاَثٍ . . فَثَلاَثٌ ، وَقِيلَ : وَاحِدَةٌ ، وَقِيلَ : لاَ شَيْءَ . . . .

قال : (**ولو أراد أن يقول : أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل تمام طالق . . لم يقع**) ؛ لأن الطلاق إنما يقع بآخر اللفظ ، وآخره لم يصادف زوجية .

واختلفوا في إعراب ثلاثاً من قوله : (أنت طالق ثلاثاً) ، فقيل : منصوب بالتفسير والتمييز ؛ قال الإمام : وهـٰذا جهل بالعربية ، وإنما هو صفة لمصدر مذكر محذوف ؛ أي : طالق طلاقاً ثلاثاً كقوله : ضربت زيداً شديداً ؛ أي : ضرباً شديداً .

قال : (**أو بعده قبل ثلاث . . فثلاث**) ؛ لأنه كان قاصداً الثلاث عند قوله : (أنت طالق) وهـٰذه اللفظة مع قصد الثلاث تقتضي إيقاع الثلاث ، وأيضاً قوله : (ثلاثاً) مبين للمراد من الطلاق بدليل أنه لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً . . وقع الثلاث ، ولا تبين بقوله : أنت طالق فقط حتىٰ تقع واحدة .

قال : (**وقيل : واحدة**) أي بقوله (أنت طالق) ولا تقع الثلاث ؛ لوقوع لفظ الثلاث بعد خروجها عن محل الطلاق كما لو جن الزوج قبل قوله : ثلاثاً .

قال : (**وقيل : لا شيء**) وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن الكلام الواحد لا يفصل بعضه عن بعض ، وقد طرأ الموت قبل تمامه فيلغو .

وردتها وإسلامها إذا لم يكن مدخولاً بها كموتها قبل قوله : ثلاثاً ، وكذا لو أخذ شخص علىٰ فيه ومنعه أن يقول : ثلاثاً .

فروع :

قال : أنت طالق ملىء البيت أو البلد أو السماء أو الأرض ، أو مثل الجبل ، أو أكبر الطلاق أو أعظمه أو أطوله أو أعرضه . . فطلقة .

ولو قال : كل الطلاق أو أكثره . . فثلاث .

ولو قال : عدد التراب . . قال الإمام : تقع واحدةٌ ، وقال البغوي : ثلاث ، والخلاف ينبني علىٰ أن التراب جمع أو اسم جنس ، والأكثرون على الثاني ، فيتجه وقوع طلقة ، وهو الراجح عند المصنف في قوله : (أنت طالق بعدد شعر إبليس) .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَخَلَّلَ فَصْلٌ . . فَثَلَاثٌ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ قَصَدَ تَأْكِيداً . . فَوَاحِدَةٌ ، . . . .

ولو قال : أنت طالق ألواناً من الطلاق ورجع إلىٰ نيته ، فإن لم ينو شيئاً . . وقعت واحدة .

ولو قال : أنت طالق وزن درهم أو درهمين أو ثلاثة أو أحد عشر درهماً ولم ينو عدداً . . لم يقع إلا طلقة .

وقيل : يعتبر تعدد الصنجة ، ففي خمس وعشر وعشرين وخمسين ومئة طلقة ، وفي ثلاثة وسبعة طلقتان ، وفي ثلاثة عشر وخمسة وثلاثين ثلاث .

ولو قال : أنت طالق لا قليل ولا كثير . . وقع الثلاث .

ولو قال : أنت طالق لا كثير ولا قليل . . وقعت طلقة ، قاله في « المطارحات » ، وعلله بأنه لما قال : لا قليل . . وقع الكثير وهو الثلاث ، ثم أراد أن يرفعه بعد وقوعه فلم يرتفع ، وفي الثانية بقوله : لا كثير . . وقع القليل وهو واحدة ، وقوله بعد ذلك : (ولا قليل) رفع له والطلاق لا يرتفع .

قال : (**ولو قال : أنت طالق أنت طالق وتخلل فصل . . فثلاث**) ؛ لأن كل واحدة من هـٰذه الألفاظ موقعة للطلاق ، سواء قصد التأكيد أم لا ؛ لأن التأكيد لا يكون مع الفصل ، فلو قال أردت التأكيد وكررت قولي الأول . . لم يقبل في الحكم ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، وفرقوا بينه وبين ما إذا أقر في مجلس بألف ثم في مجلس آخر بألف وقال : أردت الأول حيث يقبل بأن الإقرار إخبار ، والمخبر عنه لا يتعدد بتعدد الخبر ، والطلاق إيقاع وإنشاء ، وإذا تعددت كلمة الإيقاع . . تعدد الواقع .

والمراد بـ(الفصل) : أن يسكت فوق سكتة التنفس .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يتخلل فصل (**فإن قصد تأكيداً . . فواحدة**) المراد : قصد تأكيد الأول بالأخيرين ؛ لأن التأكيد معهود في كل اللغات ، ووقع في كلام النبي صلى الله عليه وسلم كثيراً ، والتكرار أعلىٰ درجاته ؛ لأن التأكيد فيه لفظي .

والدرجة الثانية : التأكيد بالنفس أو بالعين .

أَوِ ٱسْتِئْنَافاً . . فَثَلاَثٌ ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

والثالثة بنحو : رأيت القوم أجمعين ، والتأكيد فيهما معنوي .

وقال أبو حنيفة : لا تسمع منه إرادة التأكيد ، بل تقع عليه الثلاث ، واستدل عليه الأصحاب بقياسه على الإقرار ؛ فإنه وافق فيه علىٰ قبول قوله : أردت التأكيد .

قال : (**أو استئنافاً . . فثلاث**) ؛ لتكرر اللفظ بالنية ، وهل يتعلق التحريم بالأخيرة أو بالمجموع؟ فيه خلاف تقدم .

قال : (**وكذا إن أطلق في الأظهر**) وبه قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأن كل لفظة موقعة لطلقة لو انفردت ، فإذا اجتمعت . . اجتمع حكمها .

والثاني : لا يقع إلا واحدة ؛ لأن التأكيد والاستئناف محتملان فيؤخذ باليقين .

وقوله : أنت طالق أنت مفارقة أنت مسرحة كقوله : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، وقيل : تقع ثلاث طلقات ، وهـٰذا الحكم يأتي في تكرر الكنايات كقوله : اعتدي اعتدي اعتدي كما حكاه الرافعي في « الفروع المنثورة » في الصريح والكناية عن القاضي شريح الروياني[1] ثم قال : ولو كانت الألفاظ مختلفة ونوىٰ بها الطلاق . . وقعت بكل لفظة طلقة ، ويأتي أيضاً في السؤال والجواب ، فلو قالت له : طلقني طلقني طلقني فقال : طلقتك أو قد طلقتك . . ففي « الرافعي » في السطر الثاني في « التعليقات » عن البوشنجي : إن نوى الثلاث . . وقعن ، وإلا . . فواحدة .

ومثل الأصحاب التأكيد بقولهم : أنت طالق مرتين أو ثلاثاً ، ولم يتعرضوا لما إذا زاد علىٰ ثلاث وقال : أردت بالجميع التأكيد ، وقال ابن عبد السلام : إن العرب لم تؤكد أكثر من ثلاث مرات ، وفي « البرهان » للإمام ما يشهد له .

وعلىٰ هـٰذا : يتجه أن لا تسمع منه إرادة التأكيد في الرابعة ؛ لأن اللفظ لا يصلح له .

وفي « فتاوى الغزالي » : لو قال : أنت طالق وكرر ذلك أربع مرات ينوي التكرار وقال في الرابعة : إن شاء الله . . رجع إلى الجميع ؛ فإن الكلام ما دام متصلاً برابطة

(١) في (د) : (القاضي شريح والروياني) .

وَإِنْ قَصَدَ بِٱلثَّانِيَةِ تَأْكِيداً وَبِٱلثَّالِثَةِ ٱسْتِئْنَافاً أَوْ عَكَسَ . . فَثِنْتَانِ ، أَوْ بِٱلثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ ٱلأُولَىٰ . . فَثَلاَثٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ . . صَحَّ قَصْدُ تَأْكِيدِ ٱلثَّانِي بِٱلثَّالِثِ ، لاَ ٱلأَوَّلِ بِٱلثَّانِي . . . .

التكرار كالجملة الواحدة ، وهـٰذا كقوله : أنت طالق واحدة واثنتين وثلاثاً إن شاء الله . اهـ

وهـٰذا يقتضي جواز الاستثناء في الرابعة ؛ فإن الاستثناء كالتأكيد .

قال : (**وإن قصد بالثانية تأكيداً**) أي : تأكيد الأولىٰ (**وبالثالثة استئنافاً أو عكس . . فثنتان**) ؛ عملاً بقصده فيهما .

والمراد بقوله : (عكس) أي : أراد بالثالثة تأكيد الثانية وبالثانية الاستئناف ، وبقي ما لو قصد بالثانية الاستئناف ولم يقصد بالثالثة شيئاً ، أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً . . فثلاث في الأظهر ، وقيل : ثنتان .

قال : (**أو بالثالثة تأكيد الأولىٰ . . فثلاث في الأصح**) ؛ لتخلل الفصل .

والثاني : يقبل ويحتمل الفصل اليسير .

قال : (**ولو قال : أنت طالق وطالق وطالق . . صح قصد تأكيد الثاني بالثالث**) ؛ لاستوائهما ، ويكون حرف العطف الثاني تأكيداً لحرف العطف الأول كما أن المتعاطفين كذلك .

قال : (**لا الأول بالثاني**) ؛ لأن الواو الأولىٰ لم يتقدم لها مثلها فيقول : هي مؤكدة لواو سابقة فتعين أنها عاطفة ، والعطف يقتضي المغايرة ، وعطف الشيء علىٰ نفسه وإن كان واقعاً في كلام العرب . . فهو قليل ، بخلاف التأكيد ؛ فإنه كثير .

وعلم من عبارته : أنه لو قصد تأكيد الأول بالثالث . . كان أولىٰ بعدم الصحة ؛ للفصل وعدم الاستواء .

والحكم في العطف بـ(الفاء) و(ثم) كالعطف بـ(الواو) ، فإن اختلف الحرف كقوله : وطالق فطالق . . فإنه تقع الثلاث .

وَهَٰذِهِ ٱلصُّوَرُ فِي مَوْطُوءَةٍ ، فَلَوْ قَالَهُنَّ لِغَيْرِهَا . . فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ ، وَلَوْ قَالَ لِهَٰذِهِ : إِنْ دَخَلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَدَخَلَتْ . . فَثِنْتَانِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**وهـٰذه الصور في موطوءة ، فلو قالهن لغيرها . . فطلقة بكل حال**) ؛ لأنها تبين بالأولىٰ فلا يقع ما بعدها .

وفي وجه أو قول قديم : أنه كما لو قاله للمدخول بها ؛ لأن الكلام الواحد لا ينفصل بعضه عن بعض فأشبه ما إذا قال : أنت طالق ثلاثاً .

والفرق على المذهب : أن (ثلاثاً) تفسير لما أراده بقوله : أنت طالق ، وأما العطف والتكرار . . فليس متعلقاً بالأولىٰ .

قال : (**ولو قال لهـٰذه**) أي : غير المدخول بها (**إن دخلت فأنت طالق وطالق فدخلت . . فثنتان في الأصح**) ؛ لأنهما معلقان بالدخول ولا ترتيب بينهما .

والثاني : لا تقع إلا واحدةٌ فقط كالمنجز وهو الأقيس كما لو قال في التنجيز : أنت طالق وطالق .

والثالث : إن أخر الجزاء كصورة الكتاب . . فثنتان ، وإن عكس كقوله : أنت طالق وطالق إن دخلت الدار . . فواحدة ، ولو قال ذلك لمدخول بها . . وقع ثلاثاً بالدخول قطعاً .

وبنى القاضي والمتولي الوجهين الأولين علىٰ أن (الواو) للجمع أو الترتيب؟ إن قلنا : للجمع . . وقعت الثلاث ، أو الترتيب . . فواحدة .

أما إذا عطف بـ(ثم) . . فلا يقع بدخول غير المدخول بها إلا واحدة[1] ؛ لأن (ثم) للتراخي ، سواء قدم الشرط أو أخره .

فرع :

قال لغير المدخول بها : أنت طالق أحد عشر طلقة طلقت ثلاثاً ، وإن قال : إحدىٰ وعشرين طلقة . . فوجهان ، الأصح : واحدة ؛ لأنه معطوف كأنه قال : واحدة وعشرون ، بخلاف أحد عشر ؛ فإنه مركب .

---

(١) في النسخ : (فلا يقع بدخول المدخول بها . . .) ، والتصويب من هامش (ز) .

وَلَوْ قَالَ لِمَوْطُوءَةٍ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ . فَثِنْتَانِ ، وَكَذَا غَيْرُ مَوْطُوءَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ بَعْدَهَا طَلْقَةٌ . فَثِنْتَانِ فِي مَوْطُوءَةٍ ، وَطَلْقَةٌ فِي غَيْرِهَا . وَلَوْ قَالَ : طَلْقَةً بَعْدَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : طَلْقَةً فِي طَلْقَةٍ وَأَرَادَ مَعَ . فَطَلْقَتَانِ ، . . . .

قال : (**ولو قال لموطوءة : أنت طالق طلقة مع أو معها طلقة . فثنتان**) ؛ لأن المعية تقتضي وقوعهما ، فتقع طلقتان على المدخول بها ، لـٰكن هل يقعان معاً أو متعاقبين؟ فيه وجهان : أصحهما أولهما .

قال : (**وكذا غير موطوءة في الأصح**) هـٰذا مرتب على الخلاف السابق إن قلنا : تقع الطلقتان مترتبتين . . وقع علىٰ غير المدخول بها واحدة ؛ لأنها بانت بالأولىٰ ، وإن قلنا : تقعان معاً . . وقعتا كما لو قال لها : أنت طالق طلقتين .

قال : (**ولو قال : طلقة قبل طلقة أو بعدها طلقة . . فثنتان في موطوءة**) ؛ لأن مضمون هاتين الطلقتين إيقاع طلقة تسبقها طلقة فكأنه قال : طلقتان .

قال : (**وطلقة في غيرها**) ؛ لأن بها تحصل البينونة فلم تصادف الثانية نكاحاً .

قال : (**ولو قال : طلقة بعد طلقة أو قبلها طلقة . . فكذا في الأصح**) فتقع ثنتان في موطوءة وواحدة في غيرها ، أما الواحدة في غيرها . . فلما سبق ، وأما الثنتان في الموطوءة . . فلأنه وصف الطلقة التي أوقعها بأنها بعد طلقة ، أو بأن قبلها طلقة ، ومضمون ذلك إيقاع طلقة تسبقها طلقة فتقعان متعاقبين ، ثم في كيفيته وجهان :

أصحهما : تقع المضمنة ثم المنجزة .

والثاني : عكسه ويلغو قوله : (قبلها) .

ويقابل الأصح وجه : أنه تقع في الموطوءة واحدة ؛ لجواز أن يكون المعنىٰ قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة ؛ أي : وقعت قبل ذلك ، وفي غيرها . . قيل : لا شيء ، وقيل : ثنتان .

قال : (**ولو قال : طلقة في طلقة وأراد مع . . فطلقتان**) ؛ لقصده وصلاحية اللفظ ، فإن (في) تستعمل بمعنىٰ (مع) قال تعالىٰ : ﴿ ٱدْخُلُواْ فِىٓ أُمَمٍ ﴾ ، ﴿ فِى عِبَٰدِى ﴾ ﴿ فِىٓ أَصْحَٰبِ ٱلْجَنَّةِ ﴾ ، (ذكرته في ملأ خير منهم) .

أَوِ ٱلظَّرْفَ أَوِ ٱلْحِسَابَ أَوْ أَطْلَقَ . . فَطَلْقَةٌ ، وَلَوْ قَالَ : نِصْفَ طَلْقَةٍ فِي طَلْقَةٍ . . فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ . وَلَوْ قَالَ : طَلْقَةً فِي طَلْقَتَيْنِ وَقَصَدَ مَعِيَّةً . . فَثَلَاثٌ ، أَوْ ظَرْفاً . . فَوَاحِدَةٌ ، أَوْ حِسَاباً وَعَرَفَهُ . . فَثِنْتَانِ ، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَصَدَ مَعْنَاهُ . . فَطَلْقَةٌ ، وَقِيلَ : ثِنْتَانِ ، . . . .

قال الغزالي : والاحتمال البعيد مقبول في الإيقاع وإن لم يقبل في نفي الطلاق .

قال (**أو الظرف أو الحساب أو أطلق . . فطلقة**) أما الأولىٰ . . فلأن ذلك مقتضاه في المسألتين ، وأما الثالثة . . فلأن اللفظ المأتي به علىٰ سبيل الإيقاع ليس إلا واحدة .

قال : (**ولو قال : نصف طلقة في طلقة . . فطلقة بكل حال**) سواء نوى المعية أو الظرف أو الحساب أو أطلق ، كذا في النسخة التي بخط المصنف .

ولا يصح قوله : (بكل حال) ؛ فإنه إذا قصد به المعية . . تقع طلقتان ، وكذلك عكسه طلقة في نصف طلقة إذا أراد المعية . . تقع طلقتان ، والصواب : نصف طلقة في نصف طلقة كما هو في « الروضة » و« المحرر » وكثير من نسخ « المنهاج » ؛ ليتم قوله : (فطلقة بكل حال) ، وكذلك هو مخرج في النسخة التي بخط المصنف لـٰكن بغير خطه .

قال : (**ولو قال : طلقة في طلقتين وقصد معية . . فثلاث**) ؛ لما تقرر في قوله : (طلقة في طلقة) .

قال : (**أو ظرفاً . . فواحدة**) كما لو قال : أنت طالق في الدار أو الحانوت .

قال : (**أو حساباً وعرفه . . فثنتان**) ؛ لأن ذلك مقتضاه فيه ، وعند أبي حنيفة : لا تقع إلا واحدة .

قال : (**وإن جهله وقصد معناه**) أي : عند أهل الحساب (. . **فطلقة**) ؛ لأن ما لا يعلم لا تصح إرادته .

قال : (**وقيل : ثنتان**) ؛ لأنه موجبه في الحساب وقد قصده ، وشبههما الأصحاب بالوجهين فيما إذا أتى العجمي بلفظ الطلاق وقال : أردت به ما يريد العربي وهو لا يعرف معناه .

وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً . . فَطَلْقَةٌ ، وَفِي قَوْلٍ : ثِنْتَانِ إِنْ عَرَفَ حِسَاباً . وَلَوْ قَالَ : بَعْضَ طَلْقَةٍ . . فَطَلْقَةٌ ، . . . .

ويجريان فيما لو قال : طلقها مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد ، وكذا لو نوىٰ عدد طلاق زيد .

قال : (**وإن لم ينو شيئاً . . فطلقة**) سواء عرف الحساب أو جهله ؛ لأنه الأقل والزائد مشكوك فيه .

ثم الإمام صور المسألة بالموطوءة ولم يتعرض لغيرها ، قال ابن الرفعة : فيتجه أن يجيء في وقوع ما زاد على الواحدة الخلاف في قوله : (طلقة مع طلقة) .

قال : (**وفي قول : ثنتان إن عرف حساباً**) ؛ لأنه الاستعمال المشهور في الأعداد والحالف عارف به .

وفي وجه ثالث : تقع ثلاث ؛ لتلفظه بها .

قال : (**ولو قال : بعض طلقة . . فطلقة**) سواء أبهمه أو عينه كنصف أو ربع ؛ لأن الطلاق لا يتبعض ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، ولم يخالف فيه إلا داوود .

ووقوع الطلقة هنا ـ قال الإمام والغزالي ـ : من باب التعبير بالبعض عن الكل ، ومقتضىٰ كلام الرافعي : ترجيح كونه بطريق السراية كما هو الراجح في تبعيض المحل ، وللخلاف فائدتان :

إحداهما : إذا قال : أنت طالق ثلاث طلقات إلا نصف طلقة ، فإن جعلناه من باب السراية . . أوقعنا ثلاثاً وهو الأصح ؛ لأن السراية في الإيقاع لا في الرفع .

والثانية : إذا قالت : طلقني ثلاثاً علىٰ ألف فطلقها طلقة ونصفاً . . قيل : تستحق ثلثي الألف ؛ لأنه أوقع طلقتين بناء علىٰ أنه من باب التعبير بالبعض عن الكل .

وقيل : نصف الألف وهو الأصح كما تقدم في بابه ؛ لأنه أوقع نصف الثلاث ، وهـٰذا صريح في أن الراجح السراية .

ثم المشهور : أن وقوع الطلقة لا يفتقر إلىٰ نية ، وحكى الرافعي وجهين في أنه صريح ، أو كناية عن العبادي وأقره .

أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ . . فَطَلْقَةٌ إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ كُلَّ نِصْفٍ مِنْ طَلْقَةٍ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ قَوْلَهُ : نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ ، وَثَلاَثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ ، أَوْ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ طَلْقَتَانِ . . . .

قال : (**أو نصفي طلقة . . فطلقة**) ؛ لأن ذلك طلقة ، وكذلك الحكم في ربعي طلقة وثلثيها .

قال : (**إلا أن يريد كل نصف من طلقة**) فتقع طلقتان ؛ تكميلاً للبعضين .

قال : (**والأصح : أن قوله : نصف طلقتين طلقة**) ؛ لأنها نصفهما .

والثاني : طلقتان ؛ لأنه أضاف النصف إلىٰ طلقتين فيكون النصف من هـٰذه والنصف من هـٰذه ، فيقع من كل طلقة نصفها ويكمل كما لو أقر بنصف عبدين .

ولو قال : عليَّ نصف درهمين . . فدرهم بالاتفاق .

قال : (**وثلاثة أنصاف طلقة ، أو نصف طلقة وثلث طلقة طلقتان**) المسألتان معطوفتان على (الأصح) ، أما الأولىٰ . . فوقع فيها طلقة ونصف وكمل ، ووجه مقابله فيها ـ وهو طلقة واحدة ـ : أن الأجزاء المذكورة مضافة إلىٰ طلقة واحدة فتلغو الزيادة ويصير كأنه قال : نصفي طلقة أو ثلاثة أنصاف طلقة أو ثلاثة أثلاثها ، وضابط الخلاف أنَّا هل ننظر إلى المضاف أو المضاف إليه؟

وأما المسألة الثانية . . فلأنه أضاف كل جزء إلىٰ طلقة ، وعطف البعض على البعض فاقتضىٰ ذلك التغاير ، ووجه مقابله فيها ـ وهو وقوع طلقة ـ : أن الطلقة وإن كررت فهي محتملة للتأكيد والأجزاء ، والمضاف يتبع المضاف إليه ، فلو قال : ثلاثة أنصاف الطلاق . . فقال المتولي : تقع ثلاث طلقات ، وتنصرف الألف واللام إلى الجنس ، وحكى الحناطي وجهين :

أحدهما : هـٰذا ، والثاني : طلقة .

وجميع ما ذكره المصنف ما لم يزد علىٰ أجزاء طلقتين كخمسة أثلاث وسبعة أرباع ، فإن زاد كسبعة أثلاث أو تسعة أرباع . . فإن الخلاف يكون في طلقة أو ثلاث ، قاله في زوائد « الروضة » .

وَلَوْ قَالَ : نِصْفَ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ . . فَطَلْقَةٌ . وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ : أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ أَوْ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلاَثاً أَوْ أَرْبَعاً . . وَقَعَ عَلَىٰ كُلٍّ طَلْقَةٌ ، فَإِنْ قَصَدَ تَوْزِيعَ كُلِّ طَلْقَةٍ عَلَيْهِنَّ . . وَقَعَ فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَفِي ثَلاَثٍ وَأَرْبَعٍ ثَلاَثٌ ، . . . .

قال : (**ولو قال : نصف وثلث طلقة . . فطلقة**) ؛ لأن مجموع النصف والثلث لا يزيد عليها ، وكذلك لو قال : نصف وثلث وسدس طلقة ، وهـٰذا معطوف على الأصح أيضاً ، ويقابله طلقتان .

واقعة :

قال : أنت طالق أقل من طلقتين وأكثر من طلقة . . قال القاضي : وقعت هـٰذه المسألة بنيسابور ، فأفتىٰ فيها الشيخ أبو المعالي بوقوع طلقتين ، ومدركه ظاهر ، وأفتىٰ فيها الفقيه أبو إبراهيم بوقوع ثلاث ؛ لأنه لما قال : أقل من طلقتين . . كأنه قال : طلقة وشيئاً ، ولما قال : أكثر من طلقة . . وقعت أيضاً طلقتان ، فيكون المجموع ثلاث طلقات وشيئاً فتقع الثلاث . اهـ

وصوب شيخنا في « الطبقات » و« الكوكب » الأول[1] .

قال : (**ولو قال لأربع : أوقعت عليكن أو بينكن طلقة أو طلقتين أو ثلاثاً أو أربعاً . . وقع علىٰ كلٍ طلقةٌ**) ؛ لأنه إذا وزع عليهن . . أصاب كل واحدة منهن طلقة أو بعض طلقة وتكمل ، وفيه وجه : أنه يوزع وإن لم يقصده .

ولو قال : خمساً أو ستاً أو سبعاً أو ثماني . . فطلقتان إلا أن يريد التوزيع ، ولو قال : تسعاً . . فثلاث مطلقاً .

قال : (**فإن قصد توزيع كل طلقة عليهن . . وقع في ثنتين ثنتان ، وفي ثلاث وأربع ثلاث**) ؛ عملاً بقصده ، وعند الإطلاق لا يحمل اللفظ علىٰ هـٰذا التقدير ؛ لبعده عن

---

(١) في هامش (د) : (قال في « الطبقات » : قلت : الصواب الأول ؛ لأن قوله : « أكثر » ليس إنشاء طلاق بل هو عطف على التفسير للمصدر المحذوف وهو قوله : « أقل من » ، بل المجموع تفسيراً والتقدير : أنت طالق طلاقاً هو أقل من طلقتين وأكثر من طلقة ، وهـٰذا المجموع لا يزيد علىٰ طلقتين قطعاً) .

وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بَيْنَكُنَّ بَعْضَهُنَّ . . لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِراً فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَىٰ : أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا ، أَوْ أَنْتِ كَهِيَ ؛ فَإِنْ نَوَىٰ . . طَلَقَتْ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ آخَرُ ذَلِكَ لِامْرَأَتِهِ . . . .

الفهم ، ووقع في « المحرر » : في ثلاث ثلاث وفي أربع أربع ، وكذا في « الشرح » ، وغيَّرها في « الروضة » بعبارته هنا .

قال في « الدقائق » : وذلك غلط ؛ لسبق قلم أو من الناسخ ، والصواب ما في « المنهاج » .

قال : (**وإن قال : أردت ببينكن بعضهن . . لم يقبل ظاهراً في الأصح**) ؛ لأن ظاهر اللفظ يقتضي الشركة .

والثاني : يقبل ؛ لأنه إذا كانت الطلقة بينهن . . كان الطلاق بينهن .

ومحل الخلاف إذا قال : أوقعت بينكن كما قاله المصنف ، فإن قال : عليكن . . لم يقبل قطعاً ، قاله الإمام والبغوي ، لـٰكن نازع الرافعي فيه وطرد الخلاف .

قال : (**ولو طلقها ثم قال لأخرىٰ : أشركتك معها ، أو أنت كهي ؛ فإن نوىٰ . . طلقت ، وإلا . . فلا**) ؛ لأن لفظ التشريك كنايةٌ ، هـٰذا في التنجيز بلا خلاف .

أما لو علق طلاق امرأة بدخول الدار ونحوه ثم قال لأخرىٰ : أشركتك معها . . روجع ، فإن قال : قصدت أن الأولىٰ لا تطلق حتىٰ تدخل الأخرىٰ . . لم يقبل ، وإن قال : أردت إذا دخلت الأولىٰ طلقت الثانية . . قبل ؛ لأنه كناية ، وإن قال : أردت تعليق طلاق الثانية بدخولها نفسها كما في الأولىٰ . . ففي صحة هـٰذا التشريك وجهان ، أصحهما : الصحة ؛ لأنه جائز في تنجيز الطلاق فكذا في تعليقه ، كذا ذكره الشيخان في (باب الإيلاء) .

قال : (**وكذا لو قال آخرُ ذلك لامرأته**) يعني : إذا قال واحد لامرأته : أنت طالق فقال غيره لزوجته : أشركتك معها أو أنت كهي ، فإن نوىٰ . . وقع ، وإلا . . فلا ؛ لأن الإشراك يحتمل أن يكون في الطلاق وغيره ، فإذا نوى الطلاق . . وقع ، وإلا . . لم يقع .

فَصْلٌ :

يَصِحُّ ٱلِاسْتِثْنَاءُ ....

تتمة :

قال لواحدة من نسائه : أنت طالق عشراً فقالت : يكفيني ثلاث فقال : الباقي علىٰ صواحباتك . . لا يقع عليهن الطلاق ؛ لأنه لم يخاطبهن به ، كذا قاله المتولي ، ونقله في « الروضة » عن البغوي ، ونقل في مسائل منثورة تتعلق بالصريح والكناية : أنه إذا نوىٰ . . وقع ، وإن قالت : تكفيني واحدة فقال : الباقي لضرتك . . وقع الثلاث عليها وعلى الضرة طلقتان إذا نوىٰ ، ونقله عن البغوي أيضاً .

قال : (**فصل** :

يصح الاستثناء) ؛ لأنه معهود في الكتاب والسنة قال تعالىٰ : ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبْلِيسَ ﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لا تحل الصدقة إلا لأحد ثلاثة »[1] .

واتفقوا علىٰ أنه صحيح معتبر في الأقارير وسائر الأيمان في الأعداد وغيرها وإن كان النحاة مختلفين في الاستثناء من العدد .

وهو ينقسم في الاستعمال إلىٰ متصل ومنقطع ، فالمتصل : إخراج بعض من كل بإلا ، أو بإحدىٰ أخواتها وهي : غير وسوىٰ وخلا وعدا وحاشا وليس ولا يكون ، وهو المراد هنا .

وأما المنقطع كقوله : عندي ثوب إلا درهم . . فليس مقصوداً هنا ، وإطلاق لفظ الاستثناء عليه مجاز .

ولفظ الاستثناء يقع في عرف الشرع على التعليق بمشيئة الله تعالىٰ كقوله : أنت طالق إن شاء الله ، فأما التعليق بمشيئة غير الله والتعليق بسائر الأفعال . . فلا يكاد يطلق عليه استثناء في الشرع .

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٤٤) ، وابن خزيمة (٢٣٥٩) ، وأبو داوود (١٦٣٧) ، والنسائي (٥/٨٩) .

قال الإمام : ولا تبعد في اللغة تسمية كل تعليق استثناء ؛ فإنه تثنية عن الإطلاق .

قال : (**بشرط اتصاله**) أشار إلىٰ أنه لا تكفي فيه النية ، بل لا بد فيه من اللفظ عند القدرة عليه ، ولا بد من اتصال لفظه بلفظ المستثنىٰ منه بإجماع أهل اللغة ، فالسكوت الطويل المؤذن بالإعراض يبطله ، وقد تقدم عن الإمام أن الاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول ؛ لأنه يحتمل بين كلامي الشخصين ما لا يحتمل بين كلام الشخص الواحد ، ولذلك لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير في الأصح ، وينقطع به الاستثناء على الصحيح ، كذا في « الروضة » و« الشرح » هٰهنا ، وجزما في (البيع) بأن تخلل الكلام يضر ، ولم يفرقا بين قليل وكثير ، وما صححه الشيخان هنا من أن الكلام اليسير يقدح في الاستثناء يخالفه قولهم : إنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله . . فإن الاستثناء يصح .

وما حكياه في (كتاب الإقرار) عن صاحبي « العدة » و« البيان » أنه لو قال : له علي ألف أستغفر الله إلا مئة . . يصح كما إذا قال : ألف يا فلان ، قال المصنف : وفيه نظر .

وفي « الوسيط » وغيره عن ابن عباس تجويز الاستثناء المنفصل[1] ، ثم اختلفوا فقيل : إلىٰ سنة ، وقيل : إلىٰ شهر ، وقيل : أبداً ، وهو الذي يقتضيه كلام الأكثرين في النقل عنه كالشيخ أبي إسحاق وإمام الحرمين وصاحب « المعتمد » وغيرهم ، واستدل له بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف واستثنىٰ . . فله ثُنْيَاه »[2] وبقول العباس : إلا الإذخر ؛ فإنا نجعله في قبورنا وبيوتنا فقال : « إلا الإذخر » .

قال : (**ولا يضر سكتة تنفس و عيٍّ**) وكذلك عروض السعال وانقطاع الصوت ؛ لأنه يعد في العادة متصلاً .

---

(١) في هامش (و) : (في « أحكام ابن العربي » في « سورة المائدة » : أن ابن عباس تعلق بقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ﴾ الآية ، إلىٰ قوله : ﴿مُهَانًا﴾ ، فإنها نزلت ، فلما كان بعد عام نزل قوله تعالىٰ : ﴿إِلَّا مَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَٰلِحًا﴾ .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٣٤٢) ، وأبو داوود (٣٢٥٦) ، والترمذي (١٥٣١) ، والنسائي (٧/ ١٢) ، وابن ماجه (٢١٠٤) .

قُلْتُ : يُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ ٱلِاسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ ٱلْيَمِينِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .
وَيُشْتَرَطُ عَدَمُ ٱسْتِغْرَاقِهِ ، . . . .

قال (**قلت : يشترط أن ينوي الاستثناء قبل فراغ اليمين في الأصح والله أعلم**) .

قال ابن المنذر : أجمعوا علىٰ أنه إذا لم ينو بالاستثناء رفع اليمين . . لا يكون مستثنياً .

وفيما يشترط اقتران النية به أوجه :

أحدها : أول اللفظ المستثنىٰ منه ، فلو قال : أنت طالق ثلاثاً من غير قصد استثناء ، ثم بدا له عند آخره أن يقول : إلا واحدة أو إلا أن يشاء الله متصلاً . . لم يصح الاستثناء وتقع الثلاث .

والثاني : يكفي اقترانه بلفظ الاستثناء ، ولا يشترط اقترانه باللفظ المستثنىٰ منه ، قال الإمام : ولا وجه له ، وادعىٰ أبو بكر الفارسي الإجماع علىٰ بطلانه ، ونسبه ابن الصباغ إلى الأكثرين ، وصححه الماوردي في الاستثناء بالمشيئة .

والثالث ـ وهو الذي صححه المصنف هنا وفي « التصحيح » وزوائد « الروضة » ـ : أنه يشترط وجوده في أثناء اللفظ المستثنىٰ منه ، وهو الذي نص عليه في « البويطي » صريحاً ، ووجهه : أن اليمين إنما تعتبر بتمامها ، فإذا نوى الاستثناء قبل تمام اللفظ بالطلاق . . امتنع نفوذه كما في الابتداء .

وقوله : (**قبل فراغ اليمين**) صادق علىٰ ثلاث صور : أن يوجد في أول اليمن فقط ، أو في أثنائها ، أو في آخرها ، وأن الخلاف جار في الجميع ، وهو صحيح .

قال : (**ويشترط عدم استغراقه**) ؛ لأن المستغرق باطل بالإجماع كما حكاه الإمام فخر الدين والآمدي ، وإن كان في « المدخل » لابن طلحة المالكي الأندلسي قول بصحته ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً . . بطل الاستثناء وطلقت ثلاثاً .

فإن قيل : لم لا بطل ما جاء منه الفساد ـ وهو الاستغراق ـ وتقع طلقتان ؛ لأن المستثنىٰ جمع بين ما يجوز وما لا يجوز ، فيخرج علىٰ تفريق الصفقة . . فالجواب : أن ذلك لم يذهب إليه أحد كما قاله ابن الرفعة .

. . . .

وعلم من كلام المصنف : أنه يصح استثناء الأكثر ، وهو كذلك .

فإن قيل : يرد علىٰ فساد استثناء المستغرق نحو : أنت طالق إن شاء الله ؛ فإنه يرفع جميع الطلاق الذي أوقعه وهـٰذا معنى الاستثناء . . فالجواب : أن هـٰذا خرج بالنص فبقي ما عداه على الأصل .

فروع :

الأول : قال : كل امرأة لي غيرك أو سواك طالق ولم يكن له إلا المخاطبة . . لم يقع الطلاق كما جزم به الخوارزمي في « كتاب الأيمان » ، ويؤيده ما نقله الشيخان عن القفال وأقراه أنه لو قال : النساء طوالق إلا عمرة ولا زوجة له سواها . . لم تطلق .

ولو كانت امرأته مع نسوة فقال : طلقت هـٰؤلاء إلا هـٰذه وأشار إلىٰ زوجته . . لم تطلق زوجته ، قال الشيخ : والذي استقر عليه رأيي أنه إن قدم (غير) فقال : كل امرأة لي غيرك طالق . . لم تطلق ، وإن أخرها فقال : كل امرأة لي طالق غيرك ولا امرأة له غيرها . . طلقت ، قال : وكذلك أقول في قوله : إلا أنت .

واختار ابن الرفعة أنه إن قال : غيرك بالفتح . . فهو استثناء مستغرق يوقع الطلاق ، وإن قال : غيرُك أو غيرِك على الصفة . . لم تطلق .

الثاني : قال : أنت طالق طلقتين إحداهما لا تقع عليك . . فوجهان :

أصحهما : تقع طلقتان .

والثاني : واحدة كقوله : اثنتين إلا واحدة ، وبهـٰذا جزم الماوردي ، ويرد عليه : أنه استثناء بغير أداة استثناء ، ومثله لم يعهد .

الثالث : إذا قدم المستثنىٰ على المستثنىٰ منه بأن قال : أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً . . قال في « المهذب » : عندي أنه يصح وتقع طلقتان ، ونقل عن بعض الأصحاب ـ وعنىٰ به الماوردي ـ : أنه لا يصح الاستثناء ، والمشهور الأول ؛ ففي « الروضة » في أوائل (كتاب الأيمان) : لو قال : لفلان علي إلا عشرة دراهم مئة درهم . . صح الاستثناء ، وفيه وجه ضعيف .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً . . فَوَاحِدَةٌ ، وَقِيلَ : ثَلاَثٌ ، أَو ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً . . فَثَلاَثٌ ، وَقِيلَ : ثِنْتَانِ . وَهِيَ مِنْ نَفْيٍ إِثْبَاتٌ وَعَكْسُهُ ، فَلَوْ قَالَ : ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ إِلاَّ طَلْقَةً . . فَثِنْتَانِ ، أَوْ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً إِلاَّ ٱثْنَتَيْنِ . . فَثِنْتَانِ ، . . . .

قال : (**ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين وواحدة . . فواحدة ، وقيل : ثلاث**) هـٰذا الخلاف ينبني علىٰ أنه إذا عطف بعض العدد علىٰ بعض في المستثنىٰ أو المستثنىٰ منه هل يجمع بينهما؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجمع ؛ لأنه لو قال : علي درهم ودرهم . . لزمه درهمان .

والأصح : المنع ؛ لأن الجملتين المعطوفتين تفردان بالحكم وإن كانت الواو للجمع ؛ لأنه لو قال : لغير المدخول بها : أنت طالق وطالق . . لا تطلق إلا طلقة ، فوقوع الطلقة مفرع علىٰ عدم الجمع في المستثنىٰ ؛ إذ لو جمع . . لصار ثلاثاً إلا ثلاثاً فيستغرق فتقع الثلاث .

والقائل بالثاني ينظر إلى الجمع ويوقع الثلاث ؛ لكونه مستغرقاً .

قال : (**أو ثنتين وواحدة إلا واحدة . . فثلاث ، وقيل : ثنتان**) هو أيضاً ينبني على الأصل المذكور ، فعلى الجمع : تكون الواحدة مستثناة من الثلاث فتقع طلقتان ، وعلىٰ مقابله : لا يجمع وتكون الواحدة مستثناة من الواحدة فتقع الثلاث ، فلو قال : واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة فثلاث قطعاً ؛ لأنا إن جمعنا . . فقد استثنىٰ ثلاثاً من ثلاث ، وإلا . . فقد استثنىٰ كل واحدة من واحدة .

قال : (**وهي من نفي إثبات**) بالاتفاق .

قال : (**وعكسه**) هـٰذه خالفه فيها أبو حنيفة ، ووافقه الإمام في « المعالم » ، وفي « الحاصل » و« المنتخب » اختار مذهب الشافعي .

قال : (**فلو قال : ثلاثاً إلا ثنتين إلا طلقة . . فثنتان**) ؛ لأن المعنىٰ ثلاثاً تقع إلا ثنتين لا تقع إلا طلقة تقع .

قال : (**أو ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين . . فثنتان**) ؛ لأنه لما عقب الاستثناء

وَقِيلَ : ثَلَاثٌ ، أَوْ خَمْساً إِلاَّ ثَلَاثاً . . فَثِنْتَانِ ، وَقِيلَ : ثَلَاثٌ ، أَوْ ثَلَاثاً إِلاَّ نِصْفَ طَلْقَةٍ . . فَثَلَاثٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

بالاستثناء . . خرج الأول عن أن يكون مستغرقاً ، وكأنه استثنىٰ ثلاثاً إلا اثنتين من ثلاث ، فكأنه قال : ثلاثاً إلا واحدة .

قال : (**وقيل : ثلاث**) ويبطل الاستثناء الأول ؛ لاستغراقه ، فيصرف الثاني إلىٰ أصل الكلام .

وضابط جريان هـٰذا الخلاف : أن يتعدد الاستثناء ويكون الأول مستغرقاً للمستثنىٰ منه دون الثاني كقوله : عشرة إلا عشرة إلا أربعة .

قال : (**أو خمساً إلا ثلاثاً . . فثنتان ، وقيل : ثلاث**) أشار به إلىٰ ما إذا زاد على العدد المملوك هل ينصرف الاستثناء إلى الملفوظ به ؛ لأنه لفظ فيتبع به موجب اللفظ ، أو إلى المملوك ؛ لأن الزيادة عليه لغو لا عبرة بها؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، ومنه يعلم مأخذ الوجهين في مسألة الكتاب .

قال : (**أو ثلاثاً إلا نصف طلقة . . فثلاث على الصحيح**) ؛ لأنه إذا استثنىٰ نصف طلقة . . بقي نصفها فكملت .

والثاني : تقع ثنتان ويجعل استثناء النصف كاستثناء الجميع ، كما أن إيقاع النصف كإيقاع الجميع[1] .

فروع :

قال : أنت طالق نصف طلقة إلا نصف طلقة وقعت طلقة .

وإن قال : طلقة ونصف إلا طلقة ونصف . . فالقياس وقوع طلقتين .

ولو قال لنسوته الأربع : أربعتكن طوالق إلا فلانة . . قال القاضي والمتولي : لا يصح هـٰذا الاستثناء ؛ لأن الأربع ليست صيغة عموم ، وإنما هي اسم لعدد معلوم خاص، فقوله : (إلا فلانة) رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فهو كقوله : أنت

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ ٱللهُ ، أَوْ إِنْ لَمْ يَشَأِ ٱللهُ وَقَصَدَ ٱلتَّعْلِيقَ . . لَمْ يَقَعْ ، .

طالق طلاقاً لا يقع عليك ، وقد تقدم في (الإقرار) : أن الاستثناء صحيح من المعين على الوجه الشاذ في ذلك الباب [و] هو المنقول هنا عن القاضي والمتولي فطريقهما واحد ، والمعتمد : صحة الاستثناء في المذكورات .

قال : (**ولو قال : أنت طالق إن شاء الله ، أو إن لم يشأ الله وقصد التعليق . . لم يقع**) .

أما الأولىٰ . . فلقوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف ثم قال : إن شاء الله . . فقد استثنىٰ » رواه الأربعة وصححه الحاكم ، وهو عام في الطلاق والأيمان .

وفي « معرفة الصحابة » لأبي موسى الأصبهاني من رواية معدي كرب مرفوعاً : « من أعتق أو طلق واستثنىٰ . . فله ثنياه » .

وروى الطبراني[1] والدارقطني [٤/٣٥] عن معاذ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « يا معاذ ؛ ما خلق الله شيئاً علىٰ وجه الأرض أحب إليه من العتاق ، ولا خلق الله تعالىٰ شيئاً أبغض إليه من الطلاق ، فإذا قال الرجل لمملوكه : أنت حر إن شاء الله . . فهو حر ولا استثناء له ، وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . . فله استثناؤه ولا طلاق عليه » وبهٰذا قال مالك وأحمد .

والجواب : ضعف الحديث ؛ فإنه من رواية حميد بن مالك اللخمي ، وهو منكر الحديث .

وأما المسألة الثانية . . فلأن عدم المشيئة غير معلوم أيضاً ، والوقوع بخلاف المشيئة محال ، فأشبه ما إذا قال : إن جمعت بين السواد والبياض .

ونظير قول المصنف : (إن شاء الله) : متىٰ شاء الله وإذا شاء الله فأنت طالق ، وكذا بإسقاط (الفاء) على الأصح .

ولو قال : أنت طالق لو شاء الله . . فعن القفال أنه استقر رأيه علىٰ أنه يقع ، وأجاب ابن القاص بعدم الوقوع .

---

(١) في (د) : (الطبري) .

وَكَذَا يَمْنَعُ ٱنْعِقَادَ تَعْلِيقٍ ، وَعِتْقٍ وَيَمِينٍ وَنَذْرٍ وَكُلِّ تَصَرُّفٍ . وَلَوْ قَالَ : يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ ٱللهُ . . وَقَعَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

واحترز بـ(قصد التعليق) عما إذا سبقت الكلمة إلىٰ لسانه لتعوده بها ، أو لقصد التبرك بذكر الله تعالىٰ ، أو إشارة إلىٰ أن كل شيء بمشيئة الله تعالىٰ . . وقع الطلاق والعتق .

قال : (**وكذا يمنع انعقاد تعليق**) كما إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله ؛ لعموم قوله « من حلف » ، ولأن التعليق بالمشيئة يمنع الطلاق المنجز فالمعلق أولىٰ .

قال : (**وعتق**) تنجيزاً وتعليقاً كأنت حر إن شاء الله ، أو أنت حر إن دخلت الدار إن شاء الله ، خلافاً لمالك وأحمد ؛ لعموم « من أعتق أو طلق واستثنىٰ . . فله ثنياه » .

قال : (**ويمين**) كقوله : والله لأفعلن إن شاء الله ؛ لما روى الشيخان [خ ٥٢٤٢ـ م ١٦٥٤] في حديث سليمان بن داوود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو قال : إن شاء الله . . لم يحنث » .

قال : (**ونذر**) كقوله : لله علي كذا إن شاء الله .

وحكى الشيخان في (كتاب الأيمان) وجهين في تعقيب اليمين بالمشيئة هل يمنع الانعقاد أو لا؟ والأصح : ما صححاه هنا من عدم الانعقاد ، وكذلك يمنع الظهار على المشهور كما حرره في « المهمات » .

قال : (**وكل تصرف**) أي : حقه الجزم كالبيع والإقرار والإجارة ، وكذلك يمنع انعقاد نية الوضوء والصلاة والصوم وغيرها من العبادات إذا قصد التعليق .

قال : (**ولو قال : يا طالق إن شاء الله . . وقع في الأصح**) ويكون الاستثناء لغواً ؛ لأن الاستثناء إنما يعتاد ويعمل في الأفعال دون الأسماء ، ولذلك لا يقال : يا أسود إن شاء الله .

والثاني : يصح ؛ لأنه إنشاء في المعنىٰ كقوله : طلقتك أو أنت طالق ، والخلاف راجع إلىٰ أنَّا هل نراعي الوضع في الاستثناء أو المعنى المراد باللفظ ونقيمه مقام الموضوع؟

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ ٱللهُ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فرع :

قال : يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله . . وقعت طلقة بقوله : يا طالق فقط ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله . . فقيل : تقع طلقة بقوله : يا طالق ، وقيل : ثلاث ؛ بناء على أن النداء يدخله الاستثناء ، وقيل : لا يقع شيء .

قال في « الشرح » و« الروضة » : يشبه أن يكون الأول أظهر .

قال : (**وإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله . . فلا في الأصح**) ؛ لأن معناه إلا أن يشاء الله عدم تطليقك . . فلا يقع شيء ؛ لأن المشيئة لا اطلاع لنا عليها .

والثاني : يقع ؛ لأنه أوقعه وشككنا في الرافع فصار كما لو قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيد ، فمات زيد ولم تعلم مشيئته . . فإنه يقع الطلاق ، وهـٰذا رجحه العراقيون ، وقال الروياني وصاحب « الكافي » : إنه المذهب ، ورجحه القاضي والبغوي والماوردي .

فروع :

الأول : قال : حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله . . نقل الرافعي عن « التهذيب » : أن الاستثناء يرجع إلىٰ عمرة على الأصح ، وقيل : إليهما . اهـ

والذي في « التهذيب » : لو قال حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله . . لا تطلق واحدة منهما ، ولو قال : حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله . . طلقت حفصة ، ولا تطلق عمرة ؛ لأن الاستثناء يرجع إلىٰ ما يليه ، وقيل : إليهما ، والأول أصح .

الثاني : عن القفال لو قال : أنت طالق واحدة ثلاثاً إن شاء الله من غير (واو) . . لم يقع شيء ؛ لأن الواحدة المتقدمة عائدة في الثلاث ، والاستثناء عائد إلىٰ جميع الكلام .

الثالث : لو قال : علي الطلاق لا أفعل الشيء الفلاني إلا أن يسبقني القضاء والقدر ثم فعله وقال : قصدت إخراج ما قدر منه على اليمين . . أفتى ابن الصلاح بعدم الوقوع .

فَصْلٌ :

شَكَّ فِي طَلَاقٍ . . فَلَا ، أَوْ فِي عَدَدٍ . . فَالْأَقَلُّ ، . . . .

تتمة :

فعل شيئاً ثم قال : والله ما فعلته إن شاء الله أو حلف بالطلاق أنه ما فعل ثم قال : إن شاء الله . . صرح المتولي بأنه لا يحنث ، فإذا لم يفعل شيئاً شاء الله أنه لم يفعله ؛ إذ لا يقع شيء إلا بمشيئة الله تعالىٰ ، وبهـٰذا أفتى البارزي ، وصوبه في « المهمات » هنا وفي (الدعاوىٰ) ، واستشهد له بقول الأصحاب : إن الحاكم لو حلفه علىٰ نفي الغصب فقال : والله ما غصبت إن شاء الله . . كان ناكلاً وتعاد اليمين ، فلولا أن الاستثناء ينفع في الماضي . . ما جعلوه ناكلاً .

قال : (**فصل :**

شك في طلاق . . فلا) إذا شك هل طلق أم لا؟ لا يقضىٰ عليه بوقوعه بالإجماع ، سواء استوى الطرفان أو رجح أحدهما بغير دليل ، ولأن الأصل بقاء النكاح فاستصحب كما يستصحب أصل الطهارة عند الشك ، واستدل له الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم : « فلا ينصرف حتىٰ يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »[1] .

قال في « المطلب » : ولا يختلف الأصحاب في أنه لا يحرم عليه وطئها في هـٰذه الحالة .

قال : (**أو في عدد . . فالأقل**) ؛ لأنه المتيقن ، والأصل عدم الزائد .

وقال مالك : يأخذ بالأكثر كما إذا تحقق النجاسة في ثوب ولم يعرف قدرها . . فإنه يأخذ بالأكثر ويغسله كله .

وأجاب الأصحاب بأنه ليس للنجاسة قدر معلوم حتىٰ يستصحب أصل العدم فيما عداه ، وقد تحققنا التحريم فوجب استصحابه إلىٰ أن يتيقن الطهارة ، وهنا عدد الطلاق من واحدة أو اثنتين معلوم فيستصحب أصل العدم فيما سواه ، ونظير الطلاق من

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٧) ، ومسلم (٣٦١) .

وَلاَ يَخْفَى ٱلْوَرَعُ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ كَانَ ذَا ٱلطَّائِرُ غُرَاباً . . فَأَنْتِ طَالِقٌ ، وَقَالَ آخَرُ : إِنْ لَمْ يَكُنْهُ فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ وَجُهِلَ . . لَمْ يُحْكَمْ بِطَلاَقِ وَاحِدٍ ، . . . .

النجاسة أن يتحققها في طرف من الثوب ويشك في إصابتها طرفاً آخر . . فلا يجب غسل الطرف المشكوك فيه .

قال : (**ولا يخفى الورع**) أي : في الصورتين وهو الأخذ بأسوء التقديرين ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « دع ما يريبك إلىٰ ما لا يريبك » رواه أحمد [١/٢٠٠] والترمذي [٢٥١٨] والنسائي [٨/٣٢٧] عن الحسن بن علي مرفوعاً ، ففي الأولىٰ يراجع إن كان له الرجعة ، وإلا . . فيجدد النكاح إن كان له رغبة ، وإلا . . فينجز طلاقها ، وأما في هـٰذه . . فالورع أن يبتدىء إيقاع طلقتين لا إيقاع ثلاث .

و(الورع) : الكف عن المحارم والتخرج منها ، هـٰذا أصله ، ثم استعير للكف عن المباح والحلال . وفي الحديث : « ملاك الدين الورع »[١] .

جاء رجل إلىٰ أبي حنيفة رحمه الله فقال : لا أدري أطلقت امرأتي أم لا ، فقال له : المرأة امرأتك حتىٰ تستيقن أنك طلقتها ، فتركه ثم جاء إلىٰ سفيان الثوري فسأله فقال : اذهب فراجعها فإن كنت طلقتها . . فقد راجعتها ، وإلا . . فلا تضرك المراجعة ، فتركه وجاء إلىٰ شريك فقال : اذهب فطلقها ثم راجعها ، فتركه وجاء إلىٰ زفر فسأله فقال : هل سألت أحداً؟ قال : نعم وقص عليه القصة ، فقال في جواب أبي حنيفة : الصواب ما قال لك ، وقال في جواب سفيان : ما أحسن ما قال لك ، فلما انتهىٰ إلىٰ قول شريك . . ضحك ملياً ثم قال : لأضربن لهم مثلاً : رجل يشك في ثوبه هل أصابته نجاسة . . فقال له أبو حنيفة : ثوبك طاهر حتىٰ تستيقن ، وقال سفيان : اغسله فإن كان نجساً . . فقد طهرته ، وإلا . . فقد زدته طهارة ، وقال شريك : بُلْ عليه ثم اغسله .

قال : (**ولو قال : إن كان ذا الطائر غراباً . . فأنت طالق ، وقال آخر : إن لم يكنه فامرأتي طالق وجهل . . لم يحكم بطلاق واحد**) ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وشككنا في رافعه كما إذا سمعنا صوت حدث بين اثنين ثم قام كل منهما إلى الصلاة . . لم يكن

---

(١) أخرجه الطبراني في « الكبير » (١١/ ٣٢) ، والشهاب القضاعي (٣٩) .

وَإِنْ قَالَهُمَا رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ . . طَلُقَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَزِمَهُ ٱلْبَحْثُ وَٱلْبَيَانُ . وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا ثُمَّ جَهِلَهَا . . وُقِفَ حَتَّىٰ يَتَذَكَّرَ ، . . . .

للآخر أن يعترض عليه ، وكذلك لو وقع التعليقان منهما في العتق ، فأيهما ملك العبد الآخر فاجتمعا عنده . . منع من التصرف فيهما ، ويؤمر بالتعيين ، وعليه البحث عن طريق البيان .

وقيل : إنما يمتنع التصرف في المشتري دون الأول ، فلو باع أحدهما عبده واشترى الآخر . . ففي « البسيط » : لم أره مسطوراً ، والقياس : نفوذ التصرف فيه ، أما علىٰ طريقة العراقيين . . فيعتق الثاني بلا شك .

وقول المصنف : (يكنه) وصل الضمير بخبر كان ، وهو اختيار شيخه ابن مالك ، والجمهور على اختيار الانفصال .

قال : (**وإن قالهما رجل لزوجتيه . . طلقت إحداهما**) ؛ لأنه لا بد فيه من أحد الوصفين ، إذ ليس بين النفي والإثبات واسطة ، وعليه أن يجتنبهما إلىٰ أن يتيقن تحريم إحداهما كما لو طلق إحداهما على التعيين ثم التبست .

قال : (**ولزمه البحث والبيان**) ؛ لجواز أن يكون عنده علم منه ، هٰذا حيث أمكنه ، فلو طار ولم يعلم حاله . . لم يلزمه جزماً .

فرع :

عن البوشنجي لو قال : أنت طالق بعدد كل شعرة علىٰ جسد إبليس . . فقياس مذهبنا : أنه لا يقع ؛ لأنا لا ندري هل علىٰ جسده شعر أم لا ، والأصل عدمه[1] .

وعن بعض الحنفية : أنه تقع عليه طلقة ، قال المصنف : وهو القياس ، وليس هٰذا تعليقاً علىٰ صفة شككنا فيها ، بل هو تنجيز طلاق وربط لعدده بشيء شككنا فيه ، فنوقع أصل الطلاق ونلغي العدد ، والواحدة ليست بعدد بل أقل العدد اثنان ، فالمختار وقوع طلقة .

قال : (**ولو طلق إحداهما بعينها ثم جهلها . . وقف حتىٰ يتذكر**) وذلك علىٰ سبيل

---

(١) في هامش (ز) : (ونقله ابن الملقن عن أبي إسحاق) .

وَلاَ يُطَالَبُ بِبَيَانٍ إِنْ صَدَّقْنَاهُ فِي ٱلْجَهْلِ . وَلَوْ قَالَ لَهَا وَلِأَجْنَبِيَّةٍ : إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ، وَقَالَ : قَصَدْتُ ٱلأَجْنَبِيَّةَ . . قُبِلَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : زَيْنَبُ طَالِقٌ ، وَقَالَ : قَصَدْتُ أَجْنَبِيَّةً . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الوجوب ؛ لأن إحداهما حرمت بالطلاق والأخرىٰ بالاشتباه ، كما لو اشتبهت محرمة بغيرها في عدد محصور . . فإنه يمتنع نكاحها .

قال : (**ولا يطالب ببيان إن صدقناه في الجهل**) ؛لأن الحق لهما فإن كذبتاه وبادرت إحداهما فقالت : أنا المطلقة . . لم يُقنع منه بقوله : نسيت أو لا أدري ، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها ، فإن نكل . . حلفت وقضي لها .

قال : (**ولو قال لها ولأجنبية : إحداكما طالق ، وقال : قصدت الأجنبية . . قبل في الأصح**) أي : بيمينه ؛ لتردد الكلمة بينهما واحتمالهما معاً فإذا عين الأجنبية . . صار كقوله لها : أنت طالق ، وكذا إذا خاطب زوجته وأمته وقال : أردت الأمة .

والثاني : لا يقبل منه وتطلق الزوجة ؛ لأنه أرسل الطلاق بين محله وغير محله ، فينصرف إلىٰ محله لقوته ، كما إذا أوصىٰ بطبل وله طبل حرب وطبل لهو . . نزلت الوصية علىٰ طبل الحرب ؛ تصحيحاً لها ، والطلاق أقوىٰ وأولىٰ بالنفوذ من الوصية .

ولو قال ذلك لزوجته ورجل أو دابة ثم قال : أردت الرجل أو الدابة . . لم يقبل .

وأفهم قوله : (قصدت الأجنبية) أنه لو لم تكن له إرادة . . تطلق الزوجة ، وكذلك نقله الشيخان عن « فتاوى البغوي » وأقراه .

قال في « المطلب » : وفيه نظر ؛ لما سبق في تعليل الأصح .

ولو قال لأم زوجته : ابنتك طالق ثم قال : أردت البنت التي ليست لي زوجة . . صدق ، حكاه الرافعي في آخر الباب .

قال : (**ولو قال : زينب طالق ، وقال : قصدت أجنبية . . فلا في الأصح**) ؛لأنه صرح باسم زوجته ، فالظاهر انصرافه إليها ، بخلاف المسألة قبلها ؛ فإن قوله : (إحداكما) يتناولهما تناولاً واحداً ولم يوجد منه تصريح باسم زوجة ولا إشارة بالطلاق إليها ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ .

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتَيْهِ : إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَقَصَدَ مُعَيَّنَةً . . طَلُقَتْ ، وَإِلاَّ . . فَإِحْدَاهُمَا ، وَيَلْزَمُهُ ٱلْبَيَانُ فِي ٱلأُولَىٰ ، وَٱلتَّعْيِينُ فِي ٱلثَّانِيَةِ ، وَيُعْزَلاَنِ عَنْهُ إِلَى ٱلْبَيَانِ وَٱلتَّعْيِينِ ، وَعَلَيْهِ ٱلْبِدَارُ لَهُمَا ، . . . .

والثاني : يصدق بيمينه كالصورة السابقة ؛ لأن التسمية محتملة ، والأصل بقاء النكاح .

وفرق البوشنجي فقال : إن قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية . . قبل ، وإن قال : طلقت زينب ، ثم قال ذلك . . لم يقبل ولم يرتض الرافعي الفرق .

ولو كان تحته امرأتان إحداهما بنكاح فاسد فقال : إحداكما طالق ثم قال : أردت التي نكاحها فاسد . . ففيه الخلاف المتقدم .

قال : (**ولو قال لزوجتيه : إحداكما طالق وقصد معينة . . طلقت**) ؛ لأن اللفظ صالح لهما ، فإذا صرفه بالنية إلىٰ إحداهما . . انصرف .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يقصد واحدة بعينها (. . **فإحداهما**) ؛ لأنه لم يقصد معينة ، وقال مالك : تطلقان ، وأغرب الإمام فخر الدين فقال : لا تطلق إحداهما مطلقاً ؛ لأن الطلاق معين فيستدعي محلاً معيناً .

وقوله : (وإلا . . فإحداهما) يشمل ثلاث صور : ما إذا نوىٰ إحداهما لا بعينها ، وما إذا أطلق ، وما إذا نواهما معاً ، وبالثالثة صرح الإمام كما نقله الرافعي عنه .

قال : (**ويلزمه البيان في الأولىٰ ، والتعيين في الثانية**) أي : على الفور ؛ لتمييز الزوجة من المطلقة ، وإطلاق الأصحاب يقتضي وجوب ذلك من غير طلب من الزوجتين .

قال ابن الرفعة : ولا وجه لإيجابه قبل الطلب ، لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وحق الله فيه الانعزال عنهما وقد أوجبناه .

قال : (**ويعزلان عنه إلى البيان والتعيين**) ؛ لأن الزوجة اشتبهت بالمطلقة ، واجتمع الحل والحرمة ، فغلب جانب التحريم احتياطاً للأبضاع فامتنع الجمع .

قال : (**وعليه البدار لهما**) أي البيان والتعيين ؛ لما في ترك ذلك من تطويل العدد على المطلقة ، فلو أخر بلا عذر . . عصىٰ وعذر .

وَنَفَقَتُهُمَا فِي ٱلْحَالِ ، وَيَقَعُ ٱلطَّلَاقُ بِٱللَّفْظِ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ . . فَعِنْدَ ٱلتَّعْيِينِ ، وَٱلْوَطْءُ لَيْسَ بَيَاناً . . . .

ومقتضىٰ كلام المصنف : أنه لا يمهل إذا استمهل ، وقال ابن الرفعة : يمهل ثلاثة أيام كمن أسلم علىٰ أكثر من أربع نسوة ، وهـٰذا القياس صحيح فيما إذا عين ونسي أو أبهم ، فإن عين ولم يدَّعِ النسيان . . فلا وجه للإمهال .

هـٰذا في الطلاق البائن ، أما الرجعي . . فلا يلزم فيه بيان ولا تعيين في الحال على الأصح في « أصل الروضة » و« الشرح الصغير » ، وينبغي أن يكون محله مع بقاء العدة ، فإن انقضت . . لزمه في الحال ؛ لحصول البينونة ، وتعليلهم يرشد إليه .

قال : (**ونفقتهما في الحال**) ؛ لأنهما محبوستان عنده بعقد النكاح .

والمراد بـ(الحال) : حال التوقف إلى البيان كما عبر به في « الشرحين » و« الروضة » ، ولا يسترد الذي أنفقه على التي بانت مطلقة ؛ لأنه لا تقصير من جهتها ، قال الإمام : وهي من النوادر ؛ لأنها نفقة لبائن .

قال : (**ويقع الطلاق باللفظ**) أما في المعينة المبينة . . فبلا خلاف ، وأما في المبهمة . . فوجهان : أصحهما : كذلك ؛ لأن لفظ الإيقاع قد وجد منجزاً فلا بد من الحكم بالوقوع ، لـٰكن محله غير معين ، فإذا عينه . . عمل لفظ الإيقاع من حينئذ ، كما لو أعتق في مرضه ثم مات وأقرعنا بينهم يتبين بخروج القرعة أنهم كانوا أحراراً يوم العتق .

قال : (**وقيل : إن لم يعين . . فعند التعيين**) ؛ لأنه لو وقع قبله . . لوقع لا في محل والطلاق معين فيستدعي محلاً معيناً ، فكأن الزوج أوجب الطلاق والتزمه ولم يوقعه فلزمه إتمامه وحصلت الحيلولة لذلك ، وأما العدة . . فمن حين الطلاق ؛ لأنه وقت وقوعه وكذا في المبهمة في الأصح .

وقيل : من التعيين ، وهو الراجح في « أصل الروضة » ، وقيل : بطرده في المعينة .

قال : (**والوطء ليس بياناً**) أي : للمعينة المنوية قطعاً ؛ لأن الطلاق لا يقع بالفعل ، فتبقى المطالبة بحالها .

وَلاَ تَعْيِيناً ، وَقِيلَ : تَعْيِينٌ . وَلَوْ قَالَ مُشِيراً إِلَىٰ وَاحِدَةٍ : هَـٰذِهِ ٱلْمُطَلَّقَةُ . . فَبَيَانٌ ، أَوْ أَرَدْتُ هَـٰذِهِ وَهَـٰذِهِ ، أَوْ هَـٰذِهِ بَلْ هَـٰذِهِ . . حُكِمَ بِطَلاَقِهِمَا . . . .

قال : (**ولا تعييناً**) أي : للموطوءة للنكاح كما لو كانت المطلقة المعينة .

قال : (**وقيل : تعيين**) أي : للطلاق في غير الموطوءة ؛ لأن التعيين يحصل بالاختيار والوطء دال عليه كوطء المبيعة في زمن الخيار يجعل فسخاً ، وفرق الأول بأن ملك النكاح لا يحصل بالفعل ، ابتداء فلا يتدارك بالفعل ، بخلاف ملك اليمين .

والذي رجحه المصنف تابع فيه « المحرر » ، وقال في « الروضة » : إنه المختار ، والذي عليه الأكثرون ـ وهو ظاهر المذهب كما قاله الماوردي وغيره ـ : الثاني ، فعلىٰ هـٰذا : في سائر الاستمتاعات وجهان .

قال : (**ولو قال مشيراً إلىٰ واحدة : هـٰذه المطلقة . . فبيان**) ؛ عملاً بقوله ؛ إذ لا يعلم إلا من جهته .

قال : (**أو أردت هـٰذه وهـٰذه ، أو هـٰذه بل هـٰذه . . حكم بطلاقهما**) ؛ لأنه أقر للأولىٰ ثم رجع بإقراره للثانية فقبلنا إقراره دون رجوعه ، فالوقوع بإقراره لا بقوله : إحداكما .

ونبه بقوله : (أردت هـٰذه) علىٰ أنه أراد أولاً واحدة بعينها ولم يبهم الطلاق بينهما .

ومثل بـ(الواو) وبـ(بل) للتنبيه علىٰ أنه لا يسمع منه الإضراب عن الأولىٰ ؛ لتعينها .

ولو عطف بـ(الفاء) أو بـ(ثم) . . قال القاضي وصاحباه البغوي والمتولي : تطلق الأولىٰ فقط ؛ لاقتضاء الحرفين الترتيب ، واعترض الإمام بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضاً فليكن كقوله : (هـٰذه وهـٰذه) ، وقوى الرافعي الاعتراض ، وقال المصنف : قول القاضي أظهر .

ولو قال : هـٰذه أو هـٰذه . . استمر الإبهام وطولب بالبيان ، كل هـٰذا فيما إذا نوىٰ معينة ، فإن أبهم فطولب بالتعيين فأشار لواحدة فقال : هـٰذه المطلقة . . فإنها تتعين ويلغو ذكر غيرها ، سواء عطف غيرها بـ(الفاء) أو (ثم) أو (الواو) ؛ لأن التعيين

وَلَوْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ بَيَانٍ وَتَعْيِينٍ . . بَقِيَتِ ٱلْمُطَالَبَةُ لِبَيَانِ ٱلإِرْثِ . وَلَوْ مَاتَ . . فَٱلأَظْهَرُ : قَبُولُ بَيَانِ وَارِثِهِ لاَ تَعْيِينِهِ . . . .

ليس اختياراً ، بل هو إنشاء اختيار ، سواء قلنا : الطلاق من اللفظ أو التعيين ، كل هـٰذا في الظاهر ، أما في الباطن . . فالمطلقة من نواها ، قاله الإمام .

قال : (**ولو ماتتا أو إحداهما قبل بيان وتعيين**) والحال أن الطلاق بائن (. . **بقيت المطالبة لبيان الإرث**) ؛ لأنه قد ثبت إرثه في إحداهما بيقين ، فيوقف من مال كل منهما نصيب زوج ، هـٰذا إذا كان كل منهما بصفة الوراثة ، فإن كانت إحداهما كتابية والأخرىٰ والزوج مسلمين . . فالأصح : المنع ، صرح به الرافعي في (نكاح المشرك) ، واستدركه في « الكفاية » هنا .

وقيل : إذا ماتتا . . سقط التعيين ، وإن ماتت إحداهما . . تعين الطلاق في الأخرىٰ بناء على الوقوع عند التعيين ولا وقوع بعد الموت وهو بعيد .

قال : (**ولو مات**) أي : قبل البيان أو التعيين (. . **فالأظهر : قبول بيان وارثه لا تعيينه**) ؛ لأن البيان إخبار وقد نقف علىٰ مراد مورثه منه أو من غيره ، والتعيين اختيار شهوة فلم نلحقه به كما لو أسلم علىٰ عشر ومات قبل الإخبار ، وكما أنه لا ينوي لو أتىٰ مورثه بكناية .

والثاني : يقبل فيهما كما في الرد بالعيب وحق الشفعة واستحقاق النسب .

والثالث : المنع مطلقاً ؛ لأن حقوق النكاح لا تورث ، ولأن الإرث لا يختلف بزوجة أو زوجتين ، والذي صححه المصنف هنا صححه في « تصحيح التنبيه » أيضاً ، وعبارة « المحرر » لا تعطي ذلك ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » تقتضي خلافه كما بينه في « المهمات » .

وإذا ماتت إحداهما ثم مات الزوج ثم الأخرىٰ وعين الوارث الأولىٰ للطلاق . . قبل قطعاً ؛ لأنه عليه لا له ، وإن عين الأولىٰ للنكاح أو مات الزوج بعد موتهما . . ففيه القولان ، وإذا قلنا : يقوم أو لا يقوم فقال : لا أعلم ، فإن مات الزوج قبلهما . . وقف ميراث زوجة حتىٰ يصطلحا أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ كَانَ ذَا ٱلطَّائِرُ غُرَاباً فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ وَإِلاَّ فَعَبْدِي حُرٌّ وَجُهِلَ . . مُنِعَ مِنْهُمَا إِلَى ٱلْبَيَانِ ، وَإِنْ مَاتَ . . لَمْ يُقْبَلْ بَيَانُ ٱلْوَارِثِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، بَلْ يُقْرَعُ بَيْنَ ٱلْعَبْدِ وَٱلْمَرْأَةِ ؛ فَإِنْ قَرَعَ . . عَتَقَ ، . . . .

قال : (**ولو قال : إن كان ذا الطائر غراباً فامرأتي طالق وإلا فعبدي حر وجهل . . منع منهما إلى البيان**) فلا يستخدم العبد ولا يستمتع بالمرأة ؛ لأنه علم زوال ملكه عن أحدهما فأشبه طلاق إحدى الزوجتين .

ولو كانت الزوجات الحالف بطلاقهن أربعاً . . حرم عليه نكاح سواهن .

قال الماوردي : ويسقط عنه القسم ؛ لتحريمهن عليه ، وكذلك يحرم على العبد أن يتصرف في نفسه تصرف الأحرار ، وعليه نفقة الزوجة والعبد إذا لم يكن له كسب ، فلو أراد الكسوب أن يكتسب وأراد السيد أن يستخدمه وينفق عليه . . ففي المجاب منهما وجهان .

وفي وجه : يقرع بينهما كما سيأتي عند موت الحالف ، وجميع ما تقدم من الأمر بالبيان والتعيين والحبس والتعزير عند الامتناع يأتي مثله هنا .

قال : (**وإن مات . . لم يقبل بيان الوارث على المذهب**) ؛ لأنه متهم في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد وسقط الإرث للزوجة ، ولأن للقرعة مدخلاً في العتق فقدمت على الرجوع إلى الوارث .

والمصنف أطلق الخلاف تبعاً لـ« المحرر » وغيره ، وخصه السرخسي بما إذا عين الوارث الحنث في المرأة ، أما إذا عكس . . فيقبل مطلقاً ؛ لإضراره بنفسه ، واستحسنه الرافعي ، وقال في « الروضة » : إنه متعين وإنَّ غير السرخسي قاله أيضاً .

قال : (**بل يقرع بين العبد والمرأة**) ؛ رجاء خروج القرعة على العبد ، فإنها مؤثرة في العتق ، وهي وإن لم تؤثر في الطلاق لـٰكن هـٰذا كما لو شهد رجل وامرأتان في سرقة . . فإنه يصغىٰ إليها ؛ لتأثيرها في الضمان وإن لم تؤثر في القطع .

قال : (**فإن قرع**) أي خرجت القرعة للعبد (. . **عتق**) هـٰذا إذا كان التعليق في الصحة أو في المرض وخرج من الثلث .

أَوْ قَرَعَتْ . . لَمْ تَطْلُقْ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَرِقُّ . . . .

قال : (**أو قرعت . . لم تطلق**) خلافاً لأبي ثور ؛ لأن القرعة لا مدخل لها في الطلاق بدليل ما لو طلق إحدى امرأتيه . . فإنه لا يقرع بينهما ، بخلاف العتق فإن النص ورد به .

قال : (**والأصح : أنه لا يرق**) بل يبقىٰ مبهماً ؛ لأن القرعة لم تؤثر فيمن خرجت له ففي غيره أولىٰ .

والثاني : يرق ؛ لأنه مقروع ، وقال شارح « التعجيز » : إن جمهور النقلة قطعوا به ، وقال الروياني : إنه ظاهر المذهب ، وعلىٰ هـٰذا يزول الإشكال .

وعلى الأول قال ابن أبي هريرة : إن القرعة تعاد إلىٰ أن يخرج عليه .

قال الإمام : وعندي يجب أن يخرج القائل بهـٰذا عن أحزاب الفقهاء ، ومن قال به . . فليقطع بعتق العبد وليترك تضييع الزمان من إخراج القرعة .

قال الرافعي : وهـٰذا قويم ولـٰكن الحناطي عزىٰ هـٰذا إلى ابن أبي هريرة وهو زعيم عظيم من الفقهاء لا يتأتىٰ إخراجه من أحزابهم ، وكان الشيخ يستأنس له بما اتفق في أمر عبد الله والد رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خرج القدح عليه فزادوا الإبل عشراً عشراً .

وكذلك ما يرويه المفسرون في قصة يونس عليه السلام من أن أهل السفينة اقترعوا ثلاثاً وهي تقع عليه .

وقوله : (يرق) ضبطه المصنف بفتح أوله وكسر ثانيه وهو الصواب .

تتمة :

قال لزوجاته الأربع وقد جلسن صفاً : الوسطىٰ منكن طالق ، قال البوشنجي : فيه وجهان :

أحدهما : لا يقع شيء ، وبه قال أصحاب أبي حنيفة ؛ إذ ليس للأربع وسطىٰ .

والثاني : يقع الطلاق على الوسطين .

قال المصنف : كلا الوجهين ضعيف ، والمختار ثالث وهوأنه تطلق واحدة من

فَصْلٌ :

ٱلطَّلَاقُ : سُنِّيٌّ وَبِدْعِيٌّ ، وَيَحْرُمُ ٱلْبِدْعِيُّ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ : طَلَاقٌ فِي حَيْضِ مَمْسُوسَةٍ . . . .

الوسطيين ويعينها الزوج ، والذي اختاره المصنف تفقهاً هو الصواب المنصوص في « الأم » في (أبواب الكناية) .

قال : (**فصل** :

الطلاق سني وبدعي) اتفق العلماء على انقسامه إلىٰ ذلك ؛ لأنه يقع تارة حلالاً وتارة حراماً ، ولهم في تفسير ذلك اصطلاحان :

أحدهما : أن السني : ما لا يحرم إيقاعه ، والبدعي : ما يحرم ، وعلىٰ هـٰذا فلا قسم سواهما .

والثاني ـ وهو المشهور ـ : أن السني : طلاق مدخول بها ليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، والبدعي : طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس أو طهر جامعها فيه ولم يبن حملها ، وعلىٰ هـٰذا يخرج عن القسمين طلاق غير المدخول بها وطلاق الحامل والصغيرة والآيسة فيكون الطلاق ثلاثة أقسام .

وقد قسم العلماء الطلاق إلىٰ واجب كطلاق المولي وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأياه ، وإلىٰ مستحب كما إذا كانت حالتهما غير مستقيمة أو لم تكن عفيفة أو سيئة الخلق أو فيها بذاءة علىٰ أهله ، وإلىٰ محظور كطلاق البدعة ، وإلىٰ مكروه وهو عند استقامة الحال .

قالوا : وليس فيه مباح ، وأشار الإمام إلىٰ وجوده فيما إذا كان لا يهواها ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير حصول استمتاع . . فإنه لا يكره طلاقها .

قال : (**ويحرم البدعي**) ؛ لحصول الضرر به بسبب طول العدة .

قال : (**وهو ضربان** : **طلاق في حيض ممسوسة**) وهو مجمع عليه بسبب أن ابن عمر طلق زوجته وهي حائض فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأبيه : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتىٰ تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء . . أمسكها ، وإن شاء . .

ـ وَقِيلَ : إِنْ سَأَلَتْهُ . . لَمْ يَحْرُمْ ـ وَيَجُوزُ خُلْعُهَا فِيهِ لاَ أَجْنَبِيٍّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . . . .

طلقها قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » رواه مسلم [١٤٧١] .

وهـٰذه المرأة . . قال المصنف وابن باطيش : اسمها آمنة بنت غفار .

والنفاس كالحيض ، قاله الرافعي هنا ، وكلامه في (باب الحيض) يخالفه ، والمسألة ذكرها المصنف هناك .

ويستثنىٰ من تحريم الطلاق في الحيض : الحامل إذا حاضت . . لا يحرم طلاقها فيه على الأصح ، وسيأتي في كلام المصنف : (وإذا قال : أنت طالق مع آخر حيضك . . .) وطلاق المولي إذا طولب به فطلقها حائضاً . . قال الإمام والغزالي وغيرهما : لا يكون حراماً ؛ لأنها راضية .

قال الرافعي : ويمكن أن يقال بتحريمه ؛ لأنه أخرجها بالإيذاء إلى الطلب ، وهو غير ملجىء ؛ لتمكنه من الفيئة .

فلو طلق الحاكم عليه ، إذا قلنا به . . فلا شك في عدم تحريمه ، وإذا رأى الحكمان الطلاق في الحيض . . ففي « شرح مختصر الجويني » : أنه لا يحرم ثم لا يخفىٰ أن مرادهم الطلاق المنجز ، فلو علق بدخول الدار مثلاً فدخلت في الحيض . . لا يكون بدعياً خلافاً للقفال ، ويمكن أن يقال : إذا وجدت الصفة باختياره . . أثم بإيقاعه في الحيض ، وإلا . . فلا .

قال : (**وقيل : إن سألته . . لم يحرم**) ؛ لرضاها بتطويل العدة ، والأصح : التحريم ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لما أنكر الطلاق في الحيض . . لم يستفصل .

قال : (**ويجوز خلعها فيه**) ويكون سنياً ؛ لإطلاق قوله تعالىٰ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ، ولأنه صلى الله عليه وسلم أطلق الإذن لثابت بن قيس في الخلع علىٰ مال من غير استفصال عن حال زوجته .

قال : (**لا أجنبي في الأصح**) ؛ لأنها لم ترض بذلك .

والثاني ـ وهو احتمال الإمام ـ : أنه غير بدعي ؛ لأن المال يشعر بالضرورة .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِكِ . . فَسُنِّيٌّ فِي ٱلأَصَحِّ ، أَوْ مَعَ آخِرِ طُهْرٍ لَمْ يَطَأْهَا فِيهِ . . فَبِدْعِيٌّ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَطَلَاقٌ فِي طُهْرٍ وَطِىءَ فِيهِ مَنْ قَدْ تَحْبَلُ وَلَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ ، فَلَوْ وَطِىءَ حَائِضاً وَطَهُرَتْ فَطَلَّقَهَا . . فَبِدْعِيٌّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . . . .

قال : (**ولو قال : أنت طالق مع آخر حيضك . . فسني في الأصح**) ؛ لاستعقابه الشروع في العدة .

والثاني : أنه بدعي ؛ لاقترانه بالحيض ، وصححه الروياني ، ولو أتىٰ بـ(في) بدل (مع) فهي كـ(مع) عند الجمهور .

وقال المتولي في آخر الحيض : بدعي قطعاً ، وفي آخر الطهر : سني قطعاً ، وألحق في « الكافي » لفظة (عند) بهما .

قال : (**أو مع آخر طهر لم يطأها فيه . . فبدعي على المذهب**) ؛ بناء علىٰ أن الطهر المحتوش بدمين ، فإن جعلناه الانتقال . . فوجهان : أصحهما : أنه سني .

وعلى المصحح : تستثنى الصورتان من تحريم الطلاق في الحيض ؛ نظراً إلى المعنىٰ ، وهو التطويل في الثانية ومنعه في الأولىٰ .

وقال ابن سريج : يقع في الصورتين بدعياً أخذاً بالأغلظ .

قال : (**وطلاق في طهر وطىء فيه من قد تحبل ولم يظهر حمل**) هـٰذا الضرب الثاني من البدعي ، واستدل له بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : « ثم إن شاء طلقها قبل أن يمسها » ولأنه ربما يندم على الطلاق لو ظهر الحمل ؛ فإن الإنسان قد يطلق الحائل ولا يطلق الحامل .

واحترز بقوله : (من قد تحبل) عن الصغيرة والآيسة ، وهل طلاقهما سني أو لا سنة فيه ولا بدعة؟ مبني على الاصطلاحين واستدخالهما ماءه كطلاقه فيحرم طلاقها في ذلك ، وكذلك لو وطئها في الدبر على الأصح .

قال : (**فلو وطىء حائضاً وطهرت فطلقها . . فبدعي في الأصح**) ؛ لاحتمال العلوق في الحيض ، وكون البقية مما دفعته الطبيعة أولاً وتهيأ للخروج .

والثاني : لا يكون بدعياً ؛ لأن لبقية الحيض إشعاراً بالبراءة .

وَيَحِلُّ خُلْعُهَا ، وَطَلَاقُ مَنْ ظَهَرَ حَمْلُهَا . وَمَنْ طَلَّقَ بِدْعِيّاً . . سُنَّ لَهُ ٱلرَّجْعَةُ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ . . طَلَّقَ بَعْدَ طُهْرٍ . . . .

وصورة المسألة : أن يطلقها قبل أن يمسها ، وأشار المصنف إلىٰ ذلك بتعبيره بـ(الفاء) .

قال : (**ويحل خلعها**) يعني أن هـٰذه الصورة تستثنىٰ من التحريم في طهر جامعها فيه كمخالعتها في الحيض ، وفي كونه سنياً خلاف من الاصطلاحين .

قال : (**وطلاق من ظهر حملها**) فيحل لزوال الندم وعدم تطويل العدة ، وحصره البدعي في الصورتين ممنوع ؛ فإنه لو قسم لإحدىٰ زوجتيه ثم طلق الأخرىٰ قبل أن يوفيها حقها منه . . كان حراماً ، وهـٰذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً .

قال : (**ومن طلق بدعياً . . سن له الرجعة**) ؛ لحديث ابن عمر ، وقال مالك : تجب لأنها توبة والتوبة واجبة .

لنا : القياس علىٰ ما إذا طلقها في طهر جامعها فيه ؛ فإنه وافق فيها علىٰ أنها لا تجب مع أنه حرام ، ثم لا يخفىٰ أنه إنما سن له الرجعة إذا لم يستوف عدد طلاقها .

وقال الإمام : المراجعة وإن كانت مستحبة لا نقول تركها مكروه .

قال في « الروضة » : في هـٰذا نظر ، وينبغي أن يقال : مكروه ؛ للحديث الصحيح الوارد فيها ، ولدفع الإيذاء .

ومقتضىٰ إطلاقهم استحباب الرجعة ما بقيت العدة ، وقيده الماوردي والروياني ببقية تلك الحيضة التي طلقت فيها ، قالا : فإن طهرت منها سقط الاستحباب ؛ لأنها صارت إلىٰ طهر لا يحرم طلاقها فيه فلم يؤمر بارتجاعها ، ووافقهما علىٰ ذلك شارح « التعجيز » .

ثم إذا راجع هل يرتفع الإثم؟ حكى المصنف عن شيخه الكمال سلار رواية وجهين ، ونقل في « تعليقه » على « الوسيط » أن جماعة من مشايخه قالوا : يرتفع ؛ لأنها كفارة له ، ولأنه رجوع عن المعصية ؛ لأنها توبة وهي تجب ما قبلها . قال : وهو ظاهر ، وبه يتقوىٰ مذهب مالك .

قال : (**ثم إن شاء . . طلق بعد طهر**) ؛ لحديث ابن عمر .

وَلَوْ قَالَ لِحَائِضٍ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . . وَقعَ فِي ٱلْحَالِ ، أَوْ لِلسُّنَّةِ . . فَحِينَ تَطْهُرُ ، أَوْ لِمَنْ فِي طُهْرٍ لَمْ تُمَسَّ فِيهِ أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ . . وَقَعَ فِي ٱلْحَالِ ، وَإِنْ مُسَّتْ . . فَحِينَ تَطْهُرُ بَعْدَ حَيْضٍ ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ . . فَفِي ٱلْحَالِ إِنْ مُسَّتْ فِيهِ ، وَإِلاَّ . . فَحِينَ تَحِيضُ . . . .

قال : (**ولو قال لحائض : أنت طالق للبدعة . . وقع في الحال**) ؛ لاتصال طلاقها بالبدعة وكذلك النفساء .

قال : (**أو للسنة . . فحين تطهر**) أي : تشرع في الطهر ، ولا يتوقف ذلك على الاغتسال ؛ لوجود الصفة قبله .

نعم ؛ يرد عليه ما لو وطئها في آخر الحيض واستدام إلى انقطاعه ، فإنها لا تطلق ؛ لاقتران الطهر بالجماع ، وكذا لو لم تستدم بناء على الأصح أنه بدعي .

ولا بد من تقييد الطهر بأن تشرع في العدة ، وإلا . . فقد تطهر ولا تشرع في عدته كوطء الشبهة في دوام زوجيته ، وحينئذ لا يقع طلاقه فيه ؛ لأنه بدعي ، بل يتأخر وقوعه إلىٰ طهر تشرع به في عدته .

قال : (**أو لمن في طهر لم تمس فيه أنت طالق للسنة . . وقع في الحال**) ؛ لوجود الصفة ، والمراد : لم يمسها هو فيه ، أما لو مسها أجنبي بشبهة . . فلا كما تقرر .

قال : (**وإن مست**) أي : وطئها هو (. . **فحين تطهر بعد حيض**) ؛ لوجود الصفة أيضاً .

قال : (**أو للبدعة . . ففي الحال إن مست فيه ، وإلا . . فحين تحيض**) ؛ لما تقرر .

وقال المتولي : بظهور الدم ، فإن انقطع لدون أقله . . بان عدمه .

وقال الرافعي : يشبه أن يجيء فيه الخلاف في (إن حضت) هل تطلق بالظهور أو بمضي أقله؟

فائدة :

اللام إن دخلت علىٰ ما يتكرر ويتعاقب كـ(للسنة) ولـ(رمضان) . . فهي للتأقيت ، أي : إذا جاء ذلك . . فأنت طالق ، وإلا . . فللتعليل كلرضىٰ زيد فتطلق في الحال وإن

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَةً أَوْ أَحْسَنَ ٱلطَّلَاقِ أَوْ أَجْمَلَهُ . . فَكَلِلسُّنَّةِ ، وَطَلْقَةً قَبِيحَةً أَوْ أَقْبَحَ ٱلطَّلَاقِ أَوْ أَفْحَشَهُ فَكَلِلْبِدْعَةِ ، أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً ، أَوْ حَسَنَةً قَبِيحَةً . . وَقَعَ فِي ٱلْحَالِ . . . .

سخط ، سواء نوى التعليل أم لا على الصحيح ، فإن نوى التأقيت . . لم يقبل في الأصح وَيُدَيَّنُ .

فرع :

قال لمن لا سنة لها ولا بدعة كصغيرة : أنت طالق للسنة . . طلقت في الحال ، وحمل على التعليل وكذا للبدعة ، وقيل : ينتظر زمنهما ، وقيل : لا تطلق ؛ لتعليقه بمحال ، وهو يطرد في قوله للسنة .

قال : (**ولو قال : أنت طالق طلقة حسنة أو أحسن الطلاق أو أجمله . . فكللسنة**) ؛ لأن الأولىٰ بالمدح ما وافق الشرع ، وهـٰذا عند الإطلاق ، فإن قال : أردت طلاق البدعة ؛ لأنه في حقها أحسن لسوء خلقها كأن كان في زمن البدعة . . قبل ؛ لأنه أغلظ عليه ، أو للسنة . . دُيِّنَ ولا يقبل ظاهراً .

قال : (**وطلقة قبيحة أو أقبح الطلاق أو أفحشه . . فكللبدعة**) ؛ لأن الأولىٰ بالذم ما خالف الشرع ، وهـٰذا عند الإطلاق ، فإن قال : أردت به السني ؛ لقبحه في حقها لحسن خلقها . . دُيِّنَ ولم يقبل ظاهراً .

قال : (**أو سنية بدعية ، أو حسنة قبيحة . . وقع في الحال**) ؛ لأنه وصف الطلاق بوصفين متضادين فيلغوان ويبقىٰ أصل الطلاق ، ولأن إحدى الحالتين حاصلة لا محالة فيقع الطلاق موصوفاً بما يناسب تلك الحالة وتلغو الصفة ، هـٰذا إذا كانت المخاطبة ذات أقراء .

ولو قال : أنت طالق كالثلج أو كالنار . . وقع في الحال والصفة لغو ، قاله المتولي .

وقال أبو حنيفة : إن قصد التشبيه بالثلج في البرودة والنار في الحرارة والإحراق . . طلقت زمن البدعة ، وإن قصد كالثلج في البياض والنار في الإضاءة . . طلقت سنياً .

وَلاَ يَحْرُمُ جَمْعُ ٱلطَّلَقَاتِ ، وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً ، أَوْ ثَلاَثاً لِلسُّنَّةِ ، وَفَسَّرَ بِتَفْرِيقِهَا عَلَىٰ ٱلأَقْرَاءِ . . لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ ٱلْجَمْعِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُدَيَّنُ ، . . . .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة . . طلقت طلقتين في الحال ، فإذا حصلت في الحالة الأخرىٰ . . وقعت الثالثة ، فلو ادعىٰ إرادة العكس . . قبل على المذهب .

قال : (**ولا يحرم جمع الطلقات**) ؛ لأن عويمراً العجلاني لما لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقها ثلاثاً ، رواه الشيخان [خ ٥٢٥٩ـ م ١٤٩٢] ، ولو كان حراماً . . لأنكره عليه صلى الله عليه وسلم ، وقد تقدم في (باب ما يحرم من النكاح) ما يتعلق بهـٰذه المسألة .

وسكت المصنف عن الكراهة ، وظاهر النص ثبوتها ، وفي « الذخائر » : لا كراهة في الجمع .

وقال أبو حنيفة ومالك : جمع الطلقات بدعة .

ثم الأفضل تفريقها على الأقراء إن كانت ذات أقراء .

وعلى الأشهر : إن كانت كذلك ليتمكن من الرجعة ، أو التجديد إن ندم .

قال : (**وإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو ثلاثاً للسنة ، وفسر بتفريقها على الأقراء . . لم يقبل**) أي : ظاهراً ؛ لأن دعواه تقتضي تأخر الطلاق ، ومقتضىٰ لفظه تنجيزه .

قال : (**إلا ممن يعتقد تحريم الجمع**) فتقبل منه ظاهراً ؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يقصد ارتكاب محظور في معتقده .

وفي وجه : يقبل مطلقاً ؛ إذ الأعمال بالنيات .

قال : (**والأصح : أنه يُدَيَّنُ**) أي : في الصورتين ، ومعناه ـ كما قال الشافعي ـ : أن له الطلب وعليها الهرب ، فيقال للمرأة : أنت بائن للثلاث في الظاهر ، وليس لك مطاوعته وتحرم عليك الخلوة به ، ولك أن تطلبي من الحاكم أن يحكم عليه بالفرقة وتتزوجي ، إلا إذا غلب علىٰ ظنك صدقه بقرينة ، فإن استوىٰ عندها الأمران . . كره لها

وَيُدَيَّنُ مَنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَقَالَ : أَرَدْتُ إِنْ دَخَلْتِ أَوْ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ . وَلَوْ قَالَ : نِسَائِي طَوَالِقُ ، أَوْ كُلُّ ٱمْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ، وَقَالَ : أَرَدْتُ بَعْضَهُنَّ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ ظَاهِراً إِلاَّ بِقَرِينَةٍ بِأَنْ خَاصَمَتْهُ وَقَالَتْ : تَزَوَّجْتَ ، فَقَالَ : كُلُّ ٱمْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ، وَقَالَ : أَرَدْتُ غَيْرَ ٱلْمُخَاصِمَةِ . . . .

تمكينه ، ويقال له : لا نمكنك منها ، ولك ذلك فيما بينك وبين الله إن كنت صادقاً ، فإن ادعىٰ عليها تصديقه . . ففي تحليفه وجهان .

والوجه الثاني : لا يُدَيَّنُ ؛ لأن اللفظ لا يشعر به ، بخلاف قوله : أردت الطلاق من وثاق ؛ لأنه منتظم لغة ، ومعنى التديين : أن يكله إلىٰ دينه .

قال : (**ويُدَيَّنُ من قال : أنت طالق ، وقال : أردت إن دخلت أو إن شاء زيد**) ؛ لأنه لو صرح به . . لانتظم ، وهـٰذا بخلاف قوله : أردت إن شاء الله فإنه لا يدين ؛ لأن التعليق بمشيئة الله تعالىٰ يرفع حكم الطلاق جملة فلا بد فيه من اللفظ ، والتعليق بالدخول ومشيئة زيد لا ترفعه ، لـٰكن تخصصه بحال دون حال ، وشبهوه بالنسخ لما كان رفعاً للحكم لم يجز إلا باللفظ ، والتخصيص يجوز بالقياس كما يجوز باللفظ ، وسوّى الغزالي والقفال بين المسائل الثلاث في أنه يدين .

وذكر الماوردي : أنه لو حلف لا كاتبت فلاناً ولا كلمته ولا رأيته ولا عرفته ولا أعلمته ، ونوىٰ بـ(الكتابة) عقد الكتابة ، وبـ(ما ضربته) ما ضربت رأيه ، وبـ(ما كلمته) ما جرحته ، وبـ(ما عرفته) ما جعلته عريفاً ، وبـ(ما أعلمته) ما قطعت شفته العليا . . حمل علىٰ ما نوىٰ .

وكذا لو حلف ما أخذت له جملاً ولا بقرة ولا ثوراً ولا عنزاً ، ونوىٰ بـ(الجمل) السحاب ، وبـ(البقرة) العيال ، وبـ(الثور) القطعة من الأقط ، وبـ(العنز) الأكمة السوداء . . حمل علىٰ ما نوىٰ .

قال : (**ولو قال : نسائي طوالق ، أو كل امرأة لي طالق ، وقال : أردت بعضهن . . فالصحيح : أنه لا يقبل ظاهراً إلا بقرينة بأن خاصمته وقالت : تزوجت ، فقال : كل امرأة لي طالق ، وقال : أردت غير المخاصمة**) عملاً بالقرينة ؛ لأنها توجب الظن ، بل العلم عند قوم ، فإن انتفت . . لم يقبل ظاهراً ؛ لأنه خلاف الظاهر .

فَصْلٌ :

قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ كَذَا ، أَوْ فِي غُرَّتِهِ ، أَوْ أَوَّلِهِ . . وَقَعَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ .

وقال ابن الوكيل : وغيره يقبل في الظاهر مطلقاً ؛ لأن اللفظ محتمل للعموم والخصوص ، فإذا ادعىٰ إرادة أحدهما . . قبل .

والثالث : يقبل في الأولىٰ عزل واحدة دون الثانية ، وقد تقدم في (فصل الاستثناء) الكلام علىٰ كل امرأة لي غيرك طالق .

تتمة :

قال : أنت طالق إن . فوضع إنسان يده علىٰ فيه وقطع كلامه ، وادعىٰ بعد ذلك أنه أراد تعليق الطلاق بصفة . . قبل قوله بيمينه ؛ لأن بعض الكلام يستدل به على الباقي ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد بن عبادة : « كفىٰ بالسيف شا »[1] فمنعه جبريل من إتمام الكلام وكان مقصوده أن يقول : كفىٰ بالسيف شاهداً .

قال المتولي : وإنما حلفناه ؛ لأن من الجائز أنه أراد أن يذكر قرينة يتعجل معها الطلاق مثل قوله : إن كنت دخلت الدار أو كلمت زيداً وكانت فعلت ذلك .

قال : (فصل :

قال : أنت طالق في شهر كذا ، أو في غرته ، أو أوله . . وقع بأول جزء منه) إما برؤية الهلال في أول ليلة منه بعد الغروب ، وإما باستكمال ما قبله ؛ لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ، وقد جعله ظرفاً فوقع في أول جزء منه كما لو قال : إن دخلت الدار . . فإن الحكم يترتب علىٰ دخول أول جزء منها ، فلو رئي الهلال قبل الغروب . . لم تطلق حتىٰ تغرب ، ولو رئي بعده بساعة . . تبين وقوعه عند الغروب ، وكذا لو قال : في رأس الشهر أو في ابتدائه أو في استقباله أو في دخوله .

فلو قال وهو في رمضان : أنت طالق في رمضان طلقت في الحال ، فلو قال : في أول رمضان . . ففي أوله من السنة القابلة .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في « مصنفه » (١٧٩١٨) .

أَوْ فِي نَهَارِهِ ، أَوْ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْهُ . . فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْهُ . أَوْ آخِرِهِ . . فَبِآخِرِ جُزْءٍ مِنَ ٱلشَّهْرِ ، وَقِيلَ : بِأَوَّلِ ٱلنِّصْفِ ٱلآخِرِ . وَلَوْ قَالَ لَيْلاً : إِذَا مَضَىٰ يَوْمٌ . . فَبِغُرُوبِ شَمْسِ غَدِهِ ، أَوْ نَهَاراً . . فَفِي مِثْلِ وَقْتِهِ مِنْ غَدِهِ ، . . . .

ولو قال : في سلخ شهر كذا أو عند انسلاخه . . فالصواب : أنها تطلق في آخر جزء منه ، ولو قال : أنت طالق شعبان أو قال : رمضان ـ من غير ذكر شهر ـ قال ابن سراقة : وقع ساعة تكلم .

قال : (**أو في نهاره ، أو أول يوم منه . . فبفجر أول يوم منه**) ؛ لأن الفجر أول اليوم وأول النهار الشرعي .

قال : (**أو آخره . . فبآخر جزء من الشهر**) ؛ لأنه المفهوم من اللفظ .

قال : (**وقيل : بأول النصف الآخر**) وهو أول جزء من ليلة السادس عشر ، أو كله آخر الشهر ، فيقع أوله كما في أول الشهر إذا قال : أنت طالق في شهر كذا .

وفي « المهذب » وجه اقتضت عبارته ترجيحه : أنه يقع في أول اليوم الآخر من الشهر .

ولو قال : أنت طالق أول آخر[1] الشهر . . فثلاثة أوجه :

أصحها : تطلق في أول اليوم الآخر منه ، سواء كان كاملاً أو ناقصاً .

وثانيها : تطلق أول النصف الآخر وهو ليلة السادس عشر .

والثالث : أول اليوم السادس عشر .

قال : (**ولو قال ليلاً : إذا مضىٰ يوم . . فبغروب شمس غده**) ؛ إذ به يتحقق مضي اليوم .

قال : (**أو نهاراً . . ففي مثل وقته من غده**) ؛ لأن اليوم حقيقة في جميعه متواصلاً كان أو متفرقاً .

قال الرافعي : كذا أطلقوه ، وفيه تلفيق اليوم ، وهو خلاف ما صحح في نظيره من الاعتكاف أن من نذر اعتكاف يوم . . لم يجز تفريق ساعاته على الأصح ؛ أي : فينبغي

---

(١) في النسخ : (أنت طالق آخر الشهر) ، والتصويب من هامش (ز) و « الروضة » (٨/ ١١٧) .

أَوِ ٱلْيَوْمُ ؛ فَإِنْ قَالَهُ نَهاراً . . فَبِغُرُوبِ ٱلشَّمْسِ ، وَإِلاَّ . . لَغَا . وَبِهِ يُقَاسُ شَهْرٌ وَسَنَةٌ . أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ وَقَصَدَ أَنْ يَقَعَ فِي ٱلْحَالِ مُسْتَنِداً إِلَيْهِ . . وَقَعَ فِي ٱلْحَالِ ، وَقِيلَ : لَغْوٌ ، . . . .

جريان الوجهين هنا ، وهو عجيب ؛ فإن صورة الاعتكاف فيما إذا تخلل بينهما زمان بلا اعتكاف ، وقد سبقت الإشارة إلىٰ هـٰذا في بابه .

قال : (**أو اليوم**) أي : إذا مضى اليوم فأنت طالق (**فإن قاله نهاراً . . فبغروب الشمس**) ؛ لأجل التعريف فيصرف إلى اليوم الذي هو فيه .

وصورة مسألة الكتاب أن يقول : إذا مضى اليومُ . . فأنت طالق برفع اليوم ، وأما إذا قال : أنت طالق اليومَ بالنصب أو النهار أو الشهر أو السنة . . فإنها تطلق في الحال ليلاً كان أو نهاراً ؛ لأنه أوقعه وسمى الزمان بغير اسمه فغلبت التسمية .

قال : (**وإلا . . لغا**) أي إذا قاله في الليل . . فهو لغو لا يقع به شيء ، وفي « التتمة » : أنها تطلق .

قال : (**وبه يقاس شهر وسنة**) أي : في التعريف والتنكير ، فإن قال في ابتداء الهلال : إذا مضىٰ شهر . . طلقت بمضي الشهر تم أو نقص ، وإن قاله ليلاً . . طلقت في نظيره من ليلة الحادي والثلاثين ، أو نهاراً . . ففي نظيره من نهار الحادي والثلاثين ، وإن عرف الشهر . . فبمضي بقية الشهر الذي هو فيه بالهلال وإن قلت .

وكذا الكلام في السنة ، فإن نكرها . . اعتبر مضي اثني عشر شهراً بالأهلة إذا لم ينكسر شيء من الشهور ، فلو قال : أنت طالق نصف النصف الأول من الشهر . . طلقت عند طلوع الفجر يوم الثامن ؛ لأن نصف النصف سبع ليال ونصف وسبعة أيام ونصف ، والليل سابق النهار في الوجود فيقابل ليلة بنصف يوم ، فيكون ثمان ليال وسبعة أيام نصفها ، وسبع ليال وثمانية أيام نصفها .

قال : (**أو أنت طالق أمس وقصد أن يقع في الحال مستنداً إليه . . وقع في الحال**) ؛ لأنه أوقعه في الحال وأسنده إلىٰ زمان سابق فيثبت ما يمكن ثبوته ويلغو ما لا يمكن ، وكذلك الشهر الماضي .

قال : (**وقيل : لغو**) ؛ لأنه لما أوقع طلاقاً مسنداً فإذا لم يمكن إسناده . . وجب

أَوْ قَصَدَ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْسِ وَهِيَ ٱلآنَ مُعْتَدَّةٌ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، أَوْ قَالَ : طَلَّقْتُ فِي نِكَاحٍ آخَرَ ؛ فَإِنْ عُرِفَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

أن لا يقع ، أما إذا قال : لم أوقع في الحال وإنما أردت إيقاعه أمس . . فالمذهب المنصوص : الوقوع في الحال ، وحكى الربيع قولاً : إنه لا يقع شيء كما لو قال : إن طرت .

قال : (**أو قصد أنه طلق أمس وهي الآن معتدة . . صدق بيمينه**) ؛ لظهور ما ادعاه ، ثم إن صدقته . . فعدتها من الوقت الذي ذكره ، ويبقى النظر في أنه هل كان يخالطها أو لا؟ وإن كذبته . . فمن الإقرار .

قال : (**أو قال : طلقت في نكاح آخر ؛ فإن عرف**) أي : النكاح السابق أو قامت عليه بينة (. . **صدق بيمينه**) ؛ لظهور ما ادعاه .

قال (**وإلا . . فلا**) ؛ لبعده ، وكذا لو قال : أردت أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق ، فإن عُرف ناكح سابق وطلاق منه أو قامت به بينة وصدقته في إرادته . . فذاك ، وإن كذبته وقالت : إنما أنشأت طلاقي . . صدق بيمينه ، فإن قال : لم أوقع الطلاق في الحال ، بل أردت إيقاعه في الماضي . . فالمنصوص الذي قطع به الأكثرون : وقوعه في الحال .

وبقي من أحوال المسألة . . ما إذا لم تُرد شيئاً أو تعذر معرفة مراده كموت أو خرس . . فالأصح : وقوعه في الحال ؛ لأنه يعم جميع احتمالات لفظه .

فروع :

قال : أنت طالق قبل أن تخلقي . . قال الصيمري : تطلق إذا لم تكن له إرادة ، وإذا قال : أنت طالق بين الليل والنهار . . قال القفال : لا تطلق ما لم تغرب الشمس ، قال المصنف : هـٰذا إذا قاله نهاراً ، فإن قاله ليلاً . . فبطلوع الفجر .

وإذا قال : أنت طالق يوماً ويوماً ولم ينو شيئاً . . فواحدة ، وقال البوشنجي : المفهوم منه وقوع ثلاث آخرهن في اليوم الخامس .

وَأَدَوَاتُ ٱلتَّعْلِيقِ : (مَـنْ) كَمَـنْ دَخَلَـتْ ، وَ(إِنْ) ، وَ(إِذَا) ، وَ(مَتَـى) ، وَ(مَتَىٰ مَا) ، وَ(كُلَّمَا) ، وَ(أَيٌّ) ، وَكَـ(أَيُّ وَقْتٍ دَخَلْتِ) ، . . . .

وإن قال : أردت طلقة يثبت حكمها في يوم دون يوم أو يقع في يوم دون يوم . . فواحدة .

ولو قال : أنت طالق في شهر قبل ما قبله رمضان . . طلقت في القعدة ، وإن قال : في شهر قبل ما بعد بعده رمضان . . ففي جمادى الآخرة ، وإن قال : بعد ما قبل بعده رمضان . . ففي شعبان ، أو قبل ما بعد قبله رمضان . . ففي شوال ، وقد نظم بعض الفضلاء في المسألة بيتين فقال [من الخفيف] :

مـا يقـول الفقيـه أيـده اللـه ولا زال عنـده إحسـان

فـي فتـىً علـق الطـلاق بشهـر قبـل مـا قبـل قبلـه رمضـان

فأجابه الشيخ جمال الدين بن الحاجب المالكي فقال : هٰذا البيت ينشد علىٰ ثمانية أوجه ؛ لأن (ما) بعد (قبل) الأولىٰ قد يكون قبلين وقد يكون بعدين وقد يكونا مختلفين ، فهٰذه أربعة أوجه كل منها قد يكون قبله قبل ، وقد يكون قبله بعد صارت ثمانية .

وقاعدة ذلك : أن كلما اجتمع معك قبل وبعد . . تلغيهما ، فلا يبقىٰ إلا ما جميعه قبل أو جميعه بعد فالأول[1] هو الشهر الرابع من رمضان وهو الحجة ، والثاني[2] الرابع قبله وهو جمادى الآخرة ، وقبل ما بعد بعده رمضان شعبان ، وبعد ما قبل قبله شوال .

قال : (**وأدوات التعليق : « من » كمن دخلت ، و« إن » و« إذا » و« متىٰ » و« متىٰ ما » و« كلما » و« أي » وكـ« أي وقت دخلت »**) هٰذه الصيغ منها ما هو موضوع للتعليق وهي (إن) التي هي أم الباب ـ وكان ينبغي للمصنف تقديمها ـ والباقي في معناها ؛ لما فيها من العموم ، فـ(إذا) و(متىٰ) و(متىٰ ما) ظروف ، و(ما) فيها معنى الشرط

---

(١) في هامش (ز) : (قوله : « فالأول » أعني قوله : قبل ما قبل قبله رمضان) .
(٢) في هامش (ز) : (قوله : « والثاني » أي : قوله : بعد ما بعد بعده رمضان) .

وَلاَ يَقتَضِينَ فَوْراً إِنْ عَلَّقَ بِإِثْبَاتٍ فِي غَيْرِ خُلْعٍ إِلاَّ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ ، . . . . . .

غالباً ، و(كل) في (كلما) منصوب على الظرفية ، ومثل بـ(أي وقت) إشارة إلى إضافتها إلى اسم الزمان كـ(حين وساعة ويوم وزمان) .

وتستعمل أيضاً في التعليق من غير إضافة إلى اسم زمان نحو : أي رجل كلمته ، وهو بحسب ما يضاف إليه من زمان ومكان وحال .

وظاهر كلامه : حصرها في السبعة كما صرح به ابن الرفعة وغيره وليس كذلك ؛ فإن من الأدوات (إذما) علىٰ مذهب سيبويه و(ما) الشرطية و(مهما) و(أيان) و(إذا ما) و(أياً ما) كقوله تعالىٰ : ﴿ أَيًّا مَّا تَدْعُواْ فَلَهُ ٱلْأَسْمَآءُ ٱلْحُسْنَىٰ ﴾ ، و(أين) و(حيثما) لتعميم الأمكنة .

قال : (**ولا يقتضين فوراً إن علق بإثبات**) كإن دخلت الدار ؛ لأن القصد التعليق به متىٰ وجد من غير دلالة علىٰ فورية ولا تراخ .

قال : (**في غير خلع**) ؛ فإنها تفيد الفورية في بعض صيغه كـ(إن) و(إذا) ، واقتضاء الفور في الخلع ليس من وضع الصيغة ، بل من أن المعاوضة تقتضي ذلك ؛ لأن القبول لا بد أن يكون غير متراخ عن الإيجاب .

قال : (**إلا أنت طالق إن شئت**) وكذا إذا شئت فإنه يعتبر الفور في المشيئة ؛ لأنه تمليك على الصحيح ، بخلاف متىٰ شئت .

حادثة :

قال رجل لزوجته : طلقتك إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار . طلقتك ، قال الكندي : عرضت هٰذه المسألة بدمشق منسوبة إلى الجامع الكبير لمحمد بن الحسن وليست مذكورة في كتب الشافعية ثم أجاب فيها بأن (طلقتك إن دخلت الدار) تطلق في الحال من غير تعليق ، وأما (إن دخلت الدار . طلقتك) فلا تطلق إلا عند دخول الدار .

قال الشيخ : أخطأ الكندي فيما قال ، والصواب : أن الطلاق في الأولىٰ يقع عند دخول الدار لا قبله ، وفي الثانية لا يقع أصلاً إلا أن ينوي بقوله : طلقتك معنىٰ أنت طالق فيقع عند وجود الشرط .

وَلاَ تَكْرَاراً إِلاَّ (كُلَّمَا) . وَلَوْ قَالَ : إِذَا طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَ ، أَوْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ . . فَطَلْقَتَانِ ، أَوْ كُلَّمَا وَقَعَ طَلاَقِي فَطَلَّقَ . . فَثَلاَثٌ فِي مَمْسُوسَةٍ . . . .

قال : (**ولا تكراراً**) ، بل إذا وجد مرة . . انحلت اليمين ولم يؤثر وجودها ثانياً .

قال : (**إلا « كلما »**) ؛ فإنها تقتضيه وضعاً واستعمالاً دون سائر الأدوات ، وهٰذا هو الأصح .

والثاني : أن (متىٰ) و(متىٰ ما) كـ(كلما) .

والثالث : أن (متىٰ ما) كـ(كلما) دون (متىٰ) والوجهان ضعيفان .

وشمل إطلاقه إذا قيد ما لا يقتضي التكرار بالأبد كقوله : إن خرجت أبد الآبدين فأنت طالق . . فهي باقية علىٰ معناها من عدم التكرار كما صرح به الرافعي في (كتاب الأيمان) .

قال : (**ولو قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثم طلق ، أو علق طلاقها بصفة فوجدت . . فطلقتان**) واحدة بالتنجيز وأخرىٰ بالتعليق مع الصفة .

قال الشيخ : وقول الأصحاب : التعليق مع الصفة تطليق لا يعنون به أنهما جزاء علة ، بل الموقع التعليق ؛ لأنه فعل المطلق والصفة شرط له ، وبذلك صرح في « النهاية » في (باب التدبير) .

ويشهد له وقوع الطلاق فيما إذا قال : إن طلقتك فأنت طالق ثم قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ، ولا فرق في مسألة الكتاب بين أن يوقع الطلاق بصريح أو كناية ؛ لأن الشرط وجود الطلاق وهو يوجد بكل منهما .

والمراد بقوله : (طلق) أي : بنفسه ، فلو وكل فطلق وكيله . . لم تطلق إلا طلقة الوكيل .

قال : (**أو كلما وقع طلاقي فطلق**) أي : طلقة (. . **فثلاث في ممسوسة**) ؛ لأن (كلما) تقتضي التكرار ، فتقع الأولىٰ بالتنجيز وثانية بوقوع المنجزة وثالثة بوقوع الثانية ، كذا قالوه وهو ظاهر إذا قلنا : المعلول يتأخر عن العلة[1] في الزمان ، فإن

---

(١) في النسخ : (العلة تتأخر عن المعلول) والتصويب من هامش (ز) .

وَفِي غَيْرِهَا طَلْقَةٌ . وَلَوْ قَالَ وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ : إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْدٌ حُرٌّ ، وَإِنْ ثِنْتَيْنِ فَعَبْدَانِ ، وَإِنْ ثَلَاثاً فَثَلَاثٌ ، وَإِنْ أَرْبعاً فَأَرْبَعٌ ، فَطَلَّقَ أَرْبعاً مَعاً أَوْ مُرَتَّباً . . عَتَقَ عَشَرَةٌ ، وَلَوْ عَلَّقَ بِـ(كُلَّمَا) . . فَخَمْسَةَ عَشَرَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

قلنا : معه . . وقعت طلقتان ، هـٰذا كله في التعليق على الوقوع .

فلو قال : كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها . . وقعت المنجزة وأخرىٰ ؛ لحصول التطليق المعلق عليه ، هـٰذا هو الصحيح ، وفي قول منسوب للبويطي : تقع ثلاث .

ثم إذا قلنا بالصحيح . . لا تنحل اليمين ؛ لاقتضاء اللفظ التكرار ، لـٰكن لا يظهر لذلك فائدة هنا ؛ لأنه إذا طلقها أخرىٰ . . كان مستوفياً للثلاث ، ولا تعود اليمين بعد ذلك على المذهب .

قال : (**وفي غيرها طلقة**) ؛ لأنها بانت بالأولىٰ فلم يبق محل للطلاق ، ولا فرق هنا بين أن يطلق هو أو وكيله .

والمراد بـ(غير الممسوسة) : من كانت حين وجود الصفة كذلك .

قال : (**ولو قال وتحته أربع : إن طلقت واحدة فعبد حر ، وإن ثنتين فعبدان ، وإن ثلاثاً فثلاث ، وإن أربعاً فأربع ، فطلق أربعاً معاً أو مرتباً . . عتق عشرة**) بلا خلاف ؛ لأن بطلاق الأولىٰ يعتق عبد وبالثانية عبدان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة ، والعبيد الذين يعتقون مبهمون فتعيينهم إلى الزوج .

قال : (**ولو علق بـ« كلما » . . فخمسة عشر على الصحيح**) ؛ لأن في الأربعة أربعة آحاد واثنان مرتين وثلاثة مرة وأربعة مرة .

وعلىٰ هـٰذا : لو قال : كلما صليت ركعة فعبد حر وهـٰكذا إلى العشرة فصلىٰ عشرة . . عتق سبعة وثمانون عبداً ، وإن علق بـ(إن) . . فخمسة وخمسون[1] ، ووراء ما ذكره المصنف أوجه :

أحدها : أنه يعتق عشرة ، قاله ابن القطان وغلطه الأصحاب .

---

(١) في هامش (و) : (أما الخمسة والخمسون . . فهو الحاصل من مجموع الأعداد ، وأما السبعة والثمانون فهو أن الآحاد عشرة والاثنان خمسة والثلاثات ثلاثة وأربعتان وخمستان وستة وسبعة وثمانية وتسعة وعشرة) .

وَلَوْ عَلَّقَ بِنَفْيِ فِعْلٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ إِنْ عَلَّقَ بِـ(إِنْ) كَإِنْ لَمْ تَدْخُلِي . . وَقَعَ عِنْدَ ٱلْيَأْسِ مِنَ ٱلدُّخُولِ ، أَوْ بِغَيْرِهَا . . فَعِنْدَ مُضِيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ذَلِكَ ٱلْفِعْلُ . . . . .

والثاني : ثلاثة عشر بتطليق واحدة عبد وتطليق ثانية ثلاثة ؛ لأن فيه تطليق واحدة وثنتين فيعتق أربعة ، وبتطليق ثالثة أربعة ؛ لأن فيه تطليق واحدة وثلاث ، وبتطليق الرابعة خمسة ؛ لأن فيه أربعة وواحدة .

والثالث : سبعة عشر ؛ لأنه جعل في تطليق الثالثة صفة أخرىٰ وهو طلاق ثنتين هما الثانية والثالثة فيعتق بهما عبدان مع الخمسة عشر .

والرابع : عشرون ، وبه قال الحنفية ، وتكرر الثلاث في الأربعة مع سلوكه مسلك القائل بسبعة عشر .

وظاهر عبارة المصنف : اشتراط ذكر (كلما) في الأربع ، وبه صرح الرافعي والأصحاب ، والصواب : اشتراطه في التعليق الأول والثاني فقط ؛ لأن الثلاثة والأربعة لا يتصور فيها التكرار ، فإذا أتىٰ بـ(كلما) في الأولىٰ والثانية وبـ(إن) في الثالثة والرابعة . . فالأصح : أنه يعتق خمسة عشر ، وقيل : سبعة عشر ، وقيل : عشرة .

أو (كلما) في الأولىٰ فقط . . فالصحيح : ثلاثة عشر ، وقيل : عشرة ، وحكىٰ في « التنبيه » في هـٰذه الأوجه المتقدمة في التي قبلها ، ورجح خمسة عشر ، وهو سهو أو سبق قلم .

أو (كلما) في الأولىٰ والثالثة . . فكما في الأولىٰ فقط بزيادة ستة عشر ، وقيل : أربعة عشر وقيل : عشرة .

أو في الثانية والثالثة . . فكما في الثانية فقط بزيادة سبعة عشر .

قال : (**ولو علق بنفي فعل . . فالمذهب : أنه إن علق بـ« إن » ؛ كإن لم تدخلي . . وقع عند اليأس من الدخول ، أو بغيرها . . فعند مضي زمن يمكن فيه ذلك الفعل**) إذا علق الطلاق بنفي فعل كالدخول والضرب وسائر الأفعال كقوله : إن لم تدخلي الدار فأنت طالق ومضىٰ زمان يمكنها فيه أن تدخل فلم تدخل . . لم يقع الطلاق ، وإنما يقع إذا حصل اليأس من الدخول .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتِ أَوْ أَنْ لَمْ تَدْخُلِي بِفَتْحِ (أَنْ) . . وَقَعَ فِي ٱلْحَالِ .
قُلْتُ : إِلاَّ فِي غَيْرِ نَحْوِيٍّ . . فَتَعْلِيقٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

ولو قال : إذا لم تدخلي فأنت طالق ومضىٰ زمان يمكنها فيه أن تدخل فلم تدخل . . طلقت ، هـٰذا هو المنصوص في اللفظين ، وللأصحاب فيه طريقان :

أحدهما : التسوية بين اللفظين ؛ لاستعمال كل منهما بمعنى الآخر ، ومنهم من نقل وخرج فقيل : لا يقع الطلاق فيهما إلا عند اليأس كما في طرق الإثبات ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

والثاني : يقع إذا مضىٰ زمان يمكن فيه الفعل ؛ لأن الطلاق يقع بأول حصول الصفة ، وأصحهما تقرير النصين .

والفرق : أن حرف (إن) يدل علىٰ مجرد الاشتراط لا إشعار له بالزمان ، و(إذا) ظرف زمان نازل منزلة (متىٰ) في الدلالة على الأوقات ، ثم لليأس أسباب :

أحدها : الموت فيحكم بالطلاق قبيله .

والثاني : الجنون المتصل بالموت فيحكم بالطلاق قبيل الجنون .

والثالث : الفسخ المتصل بالموت فنتبين الطلاق قبيله إذا كان الطلاق رجعياً ، وأما البائن . . فلا يقع ؛ للدور .

قال : (**ولو قال : أنت طالق أن دخلت أو أن لم تدخلي بفتح « أن » . . وقع في الحال**) فعلت أو لم تفعل ؛ لأن (أن) للتعليل لا للتعليق ، وضبط المصنف (أن) بالفتح في الموضعين وفيه نظر ؛ لأن المفتوح لا يفتح .

قال : (**قلت : إلا في غير نحوي . . فتعليق في الأصح والله أعلم**) ؛ لأن الظاهر أنه يقصده فيحمل عليه ، وهو لا يعرف المفتوحة من المكسورة .

والثاني : يحكم بوقوع الطلاق في الحال ؛ لأن ذلك مقتضى اللفظ فلا يعتبر من غير قصد إلا أن لا يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة وقال : قصدت التعليق . . فيصدق بيمينه .

فَصْلٌ :

عَلَّقَ بِحَمْلٍ ؛ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ . . وَقَعَ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ ٱلتَّعْلِيقِ . . بَانَ وُقُوعُهُ ، أَوْ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، أَوْ بَيْنَهُمَا وَوُطِئَتْ وَأَمْكَنَ حُدُوثُهُ بِهِ مِنْهُ . . فَلاَ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : وُقُوعُهُ . . . .

تتمة :

في اعتراض الشرط على الشرط ثلاثة أوجه :

أصحها عند الشيخين ـ وهو المنصوص ـ : يشترط تأخر المتقدم وعكسه ، فإذا قال : إن أكلت إن شربت فأنت طالق . . لم تطلق حتىٰ يتقدم شربها علىٰ أكلها ؛ لأن الشرط الثاني قيد في الأول فلا بد من تقدمه ، والمراد بالتقدم : أن لا يتأخر .

والوجه الثاني : عكسه .

والثالث : لا يشترط إلا وجود الشرطين كيف كان ، ومستنده جعل الجواب لهما كما قاله الأخفش ، وما صححه الشيخان في هـٰذا الباب خالفاه في (أبواب التدبير) فصححا الثاني .

قال : (**فصل** :

علق بحمل) أي : قال : إن كنت حاملاً . . فأنت طالق .

قال : (**فإن كان حمل ظاهر . . وقع**) أي : في الحال ؛ لوجود الشرط ، لأن الحمل يعامل معاملة المعلوم .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن حمل ظاهر (**فإن ولدت لدون ستة أشهر من التعليق . . بان وقوعه**) لأنا تبينا أنها كانت حاملاً حين التعليق .

قال : (**أو لأكثر من أربع سنين ، أو بينهما ووطئت وأمكن حدوثه به منه . . فلا**) ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، ولأنه يحتمل أن يحدث من الوطء ظاهراً .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يطأها البتة أو وطئها وبين الوطء والوضع دون ستة أشهر (. . **فالأصح : وقوعه**) ؛ لتبين الحمل ظاهراً ، وكذلك يثبت النسب .

والثاني : لا يقع ؛ لأن الأصل بقاء النكاح .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ كُنْتِ حَامِلاً بِذَكَرٍ فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَىٰ فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا . . وَقَعَ ثَلاَثٌ ، أَوْ إِنْ كانَ حَمْلُكِ ذَكَراً فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَىٰ فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا . . لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ، . . . .

ثم إذا لم يكن الحمل ظاهراً عند التعليق . . فينبغي أن يفرق بين الزوجين إلىٰ أن يستبرأها ويمنع الزوج من وطئها ، وهل هـٰذا التفريق واجب والاستمتاع حرام أم لا؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ تغليباً للتحريم في موضع التردد .

وأصحهما : أنهما مستحبان ؛ لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح ، وبماذا يستبرؤها؟ فيه أوجه : أصحها : بحيضة ، والثاني : بطهر ، والثالث : بثلاثة أطهار .

فلو قالت : أنا حامل وصدقها . . قال القفال : نحكم بالطلاق ، وإن كذبها . . لم تطلق حتىٰ تلد ولو شهد القوابل بحملها ؛ لأن الطلاق لا يثبت بقول النساء .

قال : (**وإن قال : إن كنت حاملاً بذكر فطلقة أو أنثىٰ فطلقتين فولدتهما . . وقع ثلاث**) ؛ لتحقق الصفتين وذلك بطريق التبيين .

وتعبير المصنف هنا بـ(أو) لا يستقيم ، والصواب (الواو) ؛ لأن التصوير في الجمع بين التعليقين ، أي : قال : إن كنت حاملاً بذكر . . فطلقة ، وإن كنت حاملاً بأنثىٰ . . فطلقتين ، فإن ولدت ذكراً أو ذكرين أو ذكوراً . . بان وقوع طلقة ، وإن ولدت أنثىٰ أو أنثيين أو إناث . . بان وقوع طلقتين ، وإن ولدت خنثىٰ . . بان وقوع طلقة وتوقف الأخرىٰ إلىٰ أن يتضح حاله .

وعن القاضي أبي الفتوح : أنه يحتمل أن لا يقع بولادة الخنثىٰ شيء فتجعل المسألة ذات وجهين .

قال : (**أو إن كان حملك ذكراً فطلقة ، أو أنثىٰ فطلقتين فولدتهما . . لم يقع شيء**) ؛ لأن قضية اللفظ كون جميع الحمل ذكراً أو أنثىٰ ، فلو أتت بذكرين أو أنثيين . . فالأشبه في « الرافعي » الوقوع ؛ لأن المفهوم من اللفظ حصر الحمل في جنس الذكر أو الأنثىٰ .

والثاني : لا يقع شيء ؛ لاقتضاء التنكير التوحيد .

أَوْ إِنْ وَلَدْتِ فَأَنتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتِ ٱثْنَيْنِ مُرَتَّباً . . طَلُقَتْ بِٱلأَوَّلِ ، وَٱنْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِٱلثَّانِي . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتِ فَوَلَدَتْ ثَلاَثاً مِنْ حَمْلٍ . . وَقَعَ بِٱلأَوَّلَيْنِ طَلْقَتَانِ وَٱنْقَضَتْ بِٱلثَّالِثِ ، وَلاَ تَقَعُ بِهِ ثَالِثَةٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

وتنقضي العدة في جميع الصور بالوضع ، وأما الوقوع فمن اللفظ ، والصواب التعبير هنا بـ(الواو) أيضاً .

قال : (**أو إن ولدت فأنت طالق فولدت اثنين مرتباً . . طلقت بالأول**) ؛ لوجود الصفة ، سواء وضعت حياً أو ميتاً ، ذكراً أو أنثىٰ[1] .

قال : (**وانقضت عدتها بالثاني**) ولا يقع به طلاق ولا بما بعده لو ولدت أكثر من اثنين ، وهـٰذا مشروط بما إذا كانا من حمل واحد كما سنذكره في المسألة عقبها ، أو حملين وكان الثاني لاحقاً به بأن تضعه لأقل من أربع سنين من وقت الطلاق ، وقيل : من انقضاء العدة .

قال : (**وإن قال : كلما ولدت فولدت ثلاثاً من حمل . . وقع بالأولين طلقتان وانقضت بالثالث ، ولا تقع به ثالثة على الصحيح**) ؛ لأنها في عدة الطلاق السابق ، ووقت انفصال الثالث وقت انقضاء العدة ، ولو وقع . . لوقع في تلك الحالة ؛ لأنه متعلق بالولادة ولا يجوز وقوعه في حال انقضاء العدة ، ولهـٰذا لو قال : أنت طالق مع موتي . . لم يقع إذا مات ؛ لأنه وقت انتهاء النكاح ، هـٰذا هو المنصوص في عامة كتبه .

والثاني ـ وهو منصوص « الإملاء » ـ : تقع بالثالث طلقة ثالثة وتعتد بالأقراء ؛ لأن هـٰذا الطلاق لا يتأخر عن انقضاء العدة فيكفي ذلك لنفوذ الطلاق المبني علىٰ سرعة النفوذ .

واحترز بـ(الثلاثة) عما إذا ولدت أربعاً وانفصلوا على التعاقب ؛ فإنها تطلق ثلاثاً بولادة ثلاثة وتنقضي عدتها بالرابع بلا إشكال .

---

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله ، كتبه مؤلفه) .

وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ : كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ فَوَلَدْنَ مَعاً . . طَلُقْنَ ثَلاَثاً ثَلاَثاً ، أَوْ مُرَتَّباً . . طَلُقَتِ ٱلرَّابِعَةُ ثَلاَثاً ، وَكَذَا ٱلأُولَىٰ إِنْ بَقِيَتْ عِدَّتُهَا ، وَٱلثَّانِيَةُ طَلْقَةً ، وَٱلثَّالِثَةُ طَلْقَتَيْنِ ، وَٱنْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا بِوِلاَدَتِهِمَا ، . . . .

قال : (**ولو قال لأربع**) أي : حوامل منه (**كلما ولدت واحدة فصواحبها طوالق**) كذا ضبطه المصنف بخطه ، وهو حسن كضاربة وضوارب ، واللغة الأخرىٰ صواحبات وعليه ما روي : « إنكن صواحبات يوسف » .

قال : (**فولدن معاً . . طلقن ثلاثاً ثلاثاً**) ؛ لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب ، وعدتهن بالأقراء ؛ لأن الطلاق وقع بالولادة والعدة عقيب الطلاق .

ثم إن التعليق بالولادة كيف كان إنما يقع فيه المعلق بانفصال جميع الولد ، قال ابن كج : وإنما يقع بما بان فيه خلق آدمي ، فإن لم يبن فيه خلق آدمي . . لم تطلق .

وتعبيره بـ(كلما) تبع فيه « المحرر » و« الروضة » ، وهو يوهم اشتراط أداة التكرار ، وليس كذلك ؛ فـ(أيتكنّ) مثلها ، بل لو مثل بها . . كان أولىٰ .

قال : (**أو مرتباً . . طلقت الرابعة ثلاثاً ، وكذا الأولىٰ إن بقيت عدتها ، والثانية طلقة ، والثالثة طلقتين ، وانقضت عدتهما بولادتهما**) ؛ لأن الأولىٰ إذا ولدت . . وقعت علىٰ كل واحدة من الأخريات طلقة ، ولا يقع عليها شيء ؛ لأن المعلق بولادة كل واحدة منهن طلاق الأخريات ، فإذا ولدت الثانية . . انقضت عدتها وبانت هي ، وتقع على الأولىٰ بولادتها طلقة وعلىٰ كل واحدة من الأخريين طلقة أخرىٰ إن بقيتا في العدة ، فإذا ولدت الثالثة . . انقضت عدتها ووقعت على الأولى الطلقة الثانية إن بقيت في العدة وعلى الرابعة طلقة ثالثة ، فإذا ولدت الرابعة . . انقضت عدتها عن ثلاث طلقات ووقعت ثالثة على الأولىٰ .

وقوله : (عدتهما) هو مثنى راجع إليهما ، أي : بأن امتدت أقراؤهما أو تأخر وضع ثاني توأميهما إلىٰ أن وضعت الرابعة ، فإن لم يبق بأن انقضت بين ولادة الثانية والثالثة . . طلقت طلقة فقط ، أو بين الثالثة والرابعة . . فطلقتان .

وقوله : (وانقضت عدتهما بولادتهما) أي : إن لم يتأخر ثاني توأميهما إلىٰ ولادة الرابعة ، وإلا . . طلقتا ثلاثاً ثلاثاً .

وَقِيلَ : لاَ تَطْلُقُ ٱلأُولَى وتَطْلُقُ ٱلْبَاقِيَاتُ طَلْقَةً طَلْقَةً . وَإِنْ وَلَدَتْ ثِنْتَانِ مَعاً ثُمَّ ثِنْتَانِ مَعاً . . طَلُقتِ ٱلأُولَيَانِ ثَلاَثاً ثَلاَثاً ـ وَقِيلَ : طَلْقَةً ـ وَٱلأُخْرَيَانِ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَتَيْنِ . وَتُصَدَّقُ بِيَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا إِذَا عَلَّقَ طَلاَقَهَا بِهِ ، . . . .

قال : (**وقيل : لا تطلق الأولىٰ وتطلق الباقيات طلقة طلقة**) ؛ لأن الثلاث عند ولادة الأولىٰ صواحبها فطلقن وخرجن عن كونهن صواحبها فلا تطلق بولادتهن ، وكذا بعضهن مع بعض ، كذا وجهه الرافعي ، واعترض عليه بأن قائله ـ وهو ابن القاص ـ لم يوجهه بهٰذا ، بل وجهه ـ كما قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ـ بأنهن خرجن بالولادة عن كونهن صواحبات ؛ لحصول البينونة ، إذ الثانية لما ولدت . . انقضت عدتها فلم تكن الأولىٰ ولا الباقيات صواحبات لها ، وكذلك التي بعدها ، وهٰذا التعليل هو الصواب ، ومن قال بالأول . . قال : ما دمن في العدة . . فهن زوجات وصواحب ، ولهٰذا لو حلف بطلاق زوجاته . . دخلت الرجعية فيه .

قال : (**وإن ولدت ثنتان معاً ثم ثنتان معاً . . طلقت الأوليان ثلاثاً ثلاثاً**) طلقة بولادة من ولدت معها وثنتان بولادة الأخريين ، ولا يقع على الأخريين شيء بولادتهما .

قال : (**وقيل : طلقة والأخريان طلقتين طلقتين**) هٰذا الخلاف مبني على الأول .

وبقي من أقسام المسألة : ما إذا ولدت ثلاثة معاً ثم الرابعة . . فتطلق الرابعة ثلاثاً قطعاً ، وتطلق كل واحدة من الثلاث علىٰ جواب ابن الحداد ثلاثاً اثنتين بولادة اللتين ولدتا معاً وثالثة بولادة الرابعة إن بقين في العدة .

ولو ولدت اثنتان مرتباً ثم ثنتان معاً . . وقع على الأولىٰ ثلاث بولادتهن وعلىٰ كل واحدة من الباقيات طلقة بولادة الأولىٰ ، فإذا ولدت الثانية . . انقضت عدتها ووقعت علىٰ كل واحدة من الأخريين طلقة أخرىٰ ، فإذا ولدت الأخريان . . انقضت عدتهما ، ولا يقع علىٰ كل واحدة منهما شيء بولادة صواحبها على الصحيح .

قال : (**وتصدق بيمينها في حيضها إذا علق طلاقها به**) ؛ لأنها أعرف به وهي مؤتمنة عليه ، قال الله تعالىٰ : ﴿ **وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ** ﴾ وتتعذر إقامة البينة عليه فإن الدم وإن شوهد لا يعرف أنه حيض ، كذا علله الرافعي ، وهو خلاف ما صرح به في (الشهادات) كما سيأتي بيانه ، وسواء وافق ذلك عادتها أم

خالف ، فلو قال لها : قد حضت فأنكرت . . طلقت ؛ لإقراره .

واحترز بقوله : (علق به طلاقها) عما إذا علق به طلاق ضرتها ، وسيأتي .

قال : (**لا في ولادتها في الأصح**) ؛ لإمكان إقامة البينة علىٰ ذلك ، بخلاف الحيض ؛ فإنه يتعذر .

والثاني : يصدق ؛ لعموم الآية فإنه يتناول الحبل والحيض ، وإلىٰ هـٰذا ذهب أبو حنيفة ، ورجحه القاضي أبو حامد وابن الحداد والقاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » ، وإذا قلنا به . . فهو بالنسبة إلى الطلاق خاصة ، وأما في لحوق الولد به . . فلا يصدق إلا بتصديقه أو شهادة أربع نسوة عدول يشهدن به[1] .

ولو قال : إن ولدت فأنت طالق وعبدي حر فقالت ولدت وكذبها . . وقع الطلاق دون العتق .

قال : (**ولا يصدق فيه في تعليق غيرها**) ؛ لأنه لا سبيل إلىٰ تصديقها بغير يمين ، ولو حلفناها . . لكان التحليف لغيرها ؛ فإنه لا تعلق لها بالخصومة ، والحكم للإنسان بحلف غيره محال .

وأورد ابن الرفعة علىٰ هـٰذا : أن الإنسان يقبل قوله فيما لا يعلم إلا من جهته من غير يمين ، ويقضىٰ بذلك علىٰ غيره ، كما لو قال : أنت طالق إن شاء زيد[2] فقال : زيد شئت[3] . . فإنه يصدق في ذلك بغير يمين ويقع الطلاق ، وليس عدم القبول لكونها متهمة في حق الضرة ، بل لأن قولها غير مقبول في حق غيرها حتىٰ لو قال لأجنبية : إن حضت فامرأتي طالق فقالت حضت وكذبها . . لا تطلق امرأته .

---

(١) في النسخ : (يشهدون) والتصويب من هامش (د) .

(٢) في هامش (ز) : (قلت : يمكن الفرق ؛ فإنه في المشيئة قادر علىٰ إنشائها ، بخلاف المرأة ؛ فإنها ليست قادرة علىٰ إنشاء الحيض) .

(٣) في هامش (ز) : (انظر هـٰذا مع قوله : « وإن اختلفا في المشيئة » في قوله : « وقيل : تقع طلقة ») .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ فَزَعَمَتَاهُ وَكَذَّبَهُمَا . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلاَ يَقَعُ ، وَإِنْ كَذَّبَ وَاحِدَةً . . طَلُقَتْ فَقَطْ . . . .

قال : (**ولو قال : إن حضتما فأنتما طالقتان فزعمتاه وكذبهما . . صدق بيمينه ولا يقع**) ، والمراد : لا يقع علىٰ واحدة منهما ؛ لأن طلاق كل واحدة معلق بشرطين : حيضهما وتصديق الزوج لهما ولم يوجدا ، قال في « الشامل » : إلا أن يقيما البينة على الحيض . . فيقع عليهما .

قال في « الكفاية » : وفيه وقفة[1] ؛ لأن الطلاق لا يثبت بشهادتهن .

وقوله : (فزعمتاه) يقتضي أنهما لو قالتا على الفور حضنا . . يقبل ، وليس كذلك ؛ فإن التعليق يقتضي حيضاً مستأنفاً وهو يستدعي زمناً ، ولأجل ذلك قال في « الوسيط » : ثم قلن : حضنا .

وفي قوله : (فزعمتاه) استعمال الزعم وهو مثلث الزاي للقول الصحيح ، والأكثر أنه إنما يستعمل فيما لم يقم دليل علىٰ صحته أو قام دليل علىٰ بطلانه ، قال الله تعالىٰ : ﴿ زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَن لَّن يُبْعَثُوا ﴾ ، ﴿ فَقَالُوا هَٰذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ ﴾ .

قال : (**وإن كذب واحدة . . طلقت فقط**) ؛ لوجود الشرطين في حقها ، أما ثبوت حيض ضرتها . . فبتصديقه ، وأما حيضها . . فبيمينها ، ولا تطلق المصدقة إذ لم يثبت حيض صاحبتها ؛ لتكذيبه .

فروع :

الأول : قال الرافعي : إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق . . لا يقع الطلاق حتىٰ تحيض وتطهر ؛ لأنه علقه بتمام الحيض ، وحينئذ فيقع سنياً .

فلو قال : إن حضت فأنت طالق . . طلقت بالشروع في الحيض ، وقيل : لا تطلق حتىٰ يمضي يوم وليلة ، وحينئذ يتبين وقوعه من حين رأت الدم ، فقوله : (سنياً)

---

(١) في هامش (ز) : (لا وقفة ؛ لأن صاحب « الشامل » لم يذكر إلا البينة وهي أعم من النسوة) .

وَلَوْ قَالَ : (إِنْ) أَوْ (إِذَا) أَوْ (مَتَىٰ طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً) فَطَلَّقَهَا . . وَقَعَ ٱلْمُنَجَّزُ فَقَطْ ، . . . .

أي : غير بدعي ، وتصحفت على ابن الرفعة فظنها (تبينا) فاعترض بذلك على الرافعي .

الثاني : قال : إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان . . فثلاثة أوجه :

أصحها : يلغىٰ قوله : حيضة ، فإذا ابتدأ بهما الدم . . طلقتا .

والثاني : إذا تمت الحيضتان . . طلقتا .

والثالث : لا تطلقان وإن حاضتا .

ويجري الخلاف فيما لو قال : إن ولدتما ولداً ، فإن قال : ولداً واحداً . . فهو محال لا يقع به الطلاق ، واستشكل الحكم في « المهمات » .

الثالث : قال : إن حضت نصف حيضة . . فأنت طالق ـ وكانت عادتها ستة أيام ـ فإذا مضت ثلاث . . قضي بوقوع الطلاق ، ووقع في « الرافعي » إسقاط لفظة (نصف) وذكره في « الروضة » على الصواب .

الرابع : قال : إن رأيت الدم فأنت طالق . . فوجهان : أصحهما : يختص بدم الحيض ، وعلىٰ هـٰذا : فلا تعتبر حقيقة الرؤية ، بل العلم كما في رؤية الهلال .

وإن قال : إن رأيت دماً فأنت طالق فاستحيضت أو نفست . . طلقت وإن رعفت أو بطت جرحها .

الخامس : قال لها في أثناء حيضها : إن حضت فأنت طالق . . فالأصح أنها لا تطلق حتىٰ تطهر ثم تحيض ، كما لو قال ـ والثمار مدركة ـ : إذا أدركت الثمار . . فأنت طالق ؛ فإن معناه إدراك لاحق .

وقيل : إذا استمر الدم بعد التعليق ساعة . . طلقت ويكون دوام الحيض حيضاً .

قال : (**ولو قال : « إن » أو « إذا » أو « متىٰ طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً » فطلقها . . وقع المنجز فقط**)[1] ؛ لأنه لو وقع المعلق . . لمنع وقوع المنجز ، وإذا لم

---

(١) في هامش (د) : (مسألة الدور في الطلاق المعروفة بابن سريج) .

يقع المنجز . . بطل شرط المعلق فاستحال وقوع المعلق ، ولا استحالة في وقوع المنجز فيقع ، وقد يتخلف الجزاء عن الشرط بأسباب .

وشبه هـٰذا بما إذا أقر الأخ بابن للميت . . فإنه يثبت نسبه ولا يرث ، وبهـٰذا قال أبو زيد المروزي وصاحب « التلخيص » ، واختاره ابن الصباغ والمتولي والشريف ناصر العمري ، وإليه ذهب أبو حنيفة والغزالي في آخر عمره ، وقال الرافعي في « شرحيه » : يشبه أن تكون الفتوىٰ به أولىٰ ، وقال في « المحرر » : إنه أولى الأوجه ، لا جرم صححه في « الكتاب » و« التصحيح » .

قال في « المطلب » : وكان شيخنا الشريف عماد الدين يختاره ، وهـٰذه مسألة عظيمة الخطب أفردها بالتصنيف المتولي والغزالي وفخر الإسلام الشاشي وإلكيا الهراسي وصاحب « الذخائر » والقاضي عماد الدين السكري وأبو الغنائم الفارقي وآخرون .

قال : (**وقيل : ثلاث**) اختلفوا فيه ، فالذي في « المحرر » و« الشرحين » : أنه المنجز ، وتتم الثلاث من المعلق ، فإذا نجز واحدة . . وقعت اثنتان من المعلق ، وإن نجز ثنتين . . وقعتا واحدة من المعلق ، فعلىٰ هـٰذا : يشترط أن يكون مدخولاً بها ، وهـٰذا الذي اختاره ابن الصباغ لا ما نقله الرافعي عنه من وقوع طلقة .

وقيل : تقع الثلاث المعلقة ، وعلىٰ هـٰذا سواء كانت مدخولاً بها أم لا ، واختار هـٰذا الوجه الإمام أبو بكر الإسماعيلي وأبو عبد الله الختن[1] .

قال : (**وقيل : لا شيء**) لا في المعلق ولا المنجز ؛ لأنه يلزم من وقوع الطلاق عدم وقوعه فلم يقع ، وبهـٰذا قال المزني وابن الحداد وابن سريج ـ وبه اشتهرت

---

(١) في هامش (و) : (الإسماعيلي هو أحمد بن إبراهيم ، وأبو عبد الله ختنه على ابنته ، ولا ذكر للإسماعيلي مع جلالته في « تهذيب » المصنف ولا « طبقاته » ، ولم يذكره ابن الصلاح ولا الخطيب في «تاريخ بغداد» ، ولا السمعاني في « الذيل » ، لـٰكن قال حمزة في « تاريخ جرجان » : إنه توفي سنة إحدىٰ وسبعين وثلاث مئة عن أربع وتسعين سنة ، ووقع في « طبقات الشيخ جمال » : عن أربع وسبعين بتقديم السين ، والصواب : الأول) .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْكِ أَوْ آلَيْتُ أَوْ لاَعَنْتُ أَوْ فَسَخْتُ بِعَيْبِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً ثُمَّ وُجِدَ ٱلْمُعَلَّقُ بِهِ . . فَفِي صِحَّتِهِ ٱلْخِلاَفُ . وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكِ مُبَاحاً فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثُمَّ وَطِىءَ . . لَمْ تَقَعْ قَطْعاً . وَلَوْ عَلَّقَهُ بِمَشِيئَتِهَا خِطَاباً . . ٱشْتُرِطَتْ مَشِيئَتُهَا عَلَىٰ ٱلْفَوْرِ ، . . . .

المسألة السريجية ـ والقفالان وأبو حامد القاضي والشيخ والقاضيان أبو الطيب والروياني ـ وقال بعد اختياره له لا وجه لتعليم العوام المسألة لفساد الزمان ـ والشيوخ أبو حامد وأبو علي وصاحب « المهذب » والغزالي في « الوسيط » ، ونقله صاحب « الإفصاح » عن نص الشافعي ، وهو مذهب زيد بن ثابت ، واختاره كثير من المتقدمين والمتأخرين .

وعلىٰ هـٰذا : قال الشيخ تقي الدين القشيري : طريق حل الدور أن يقول : إن لم يقع عليك طلاقي . . فأنت طالق ، فيصير الطلاق لازماً للتقصير ولازمهما واقع ، قال الشيخ : وفيه نظر ؛ لأنا نمنع صحة التعليق الثاني إذا صححنا الأول وإنما يكون الطلاق لازماً للنقيضين إذا علق علىٰ كل منهما بكلمة واحدة .

قال : (**وإن قال : إن ظاهرت منك أو آليت أو لاعنت أو فسخت بعيبك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد المعلق به . . ففي صحته الخلاف**) فعلىٰ وقوع المنجز يصح ، وعلى اللغو لا يصح ، وأما الثلاثة المعلقة علىٰ ذلك . . فلا تقع ؛ لئلا تبين فتلغو هـٰذه الأمور .

قال : (**ولو قال : إن وطئتك مباحاً فأنت طالق قبله ثم وطىء . . لم تقع قطعاً**) ؛ لأنها لو طلقت . . خرج الوطء عن كونه مباحاً ، ولا يجيء فيه الخلاف ، بل موضع الخلاف إذا انسد بتصحيح الدور باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية ، وهنا لم ينسد .

قال : (**ولو علقه بمشيئتها خطاباً**) أي : بأن قال : إن شئتِ أو إذا شئت (. . **اشترطت مشيئتها على الفور**) ؛ لأن ذلك استدعاء لجوابها ، فهو في معنى التفويض وهو تمليك ، ولأنه استبانة لرغبتها فكان جوابها كالقبول في العقود .

والمراد بـ(الفور) : مجلس التواجب كما في « الروضة » هنا وفي (الخلع) .

أَوْ غَيْبَةً أَوْ بِمَشِيئَةِ أَجْنَبِيٍّ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ ٱلْمُعَلَّقُ بِمَشِيئَتِهِ : شِئْتُ كَارِهاً بِقَلْبِهِ . . وَقَعَ ، وَقِيلَ : لاَ يَقَعُ بَاطِناً . وَلاَ يَقَعُ بِمَشِيئَةِ صَبِيَّةٍ وَصَبِيٍّ ، . . .

وقيل : إذا شاءت في المجلس . . طلقت ؛ لأن حريم العقد تقوم مقامه كما في القبض في الصرف والسلم .

هـٰذا إذا علق بصيغة (إن) أو (إذا) ، أما إذا قال : متىٰ شئت . . فلا يشترط الفور كما تقدم .

قال : (**أو غيبة أو بمشيئة أجنبي . . فلا في الأصح**) يعني : إذا علق الطلاق بمشيئة زوجته لا علىٰ وجه الخطاب كقوله : زوجتي طالق إن شاءت ، فإن عللنا بأنه خطاب واستدعاء جواب فلا خطاب هـٰهنا . . فلا يشترط الفور ، وإن عللنا بأنه تمليك . . فتشترط المبادرة إذا بلغها الخبر ، ومال الإمام إلىٰ أن الفور لا يشترط في هـٰذه المسألة وقال : الصيغة بعيدة عن قصد التمليك إذا لم يكن علىٰ قصد الخطاب ، ويقابل الأصح : إن كانت حاضرة . . فعلى الفور ، أو غائبة . . فتبادر إذا بلغها .

أما إذا علق بمشيئة أجنبي فقال له : إن شئت فزوجتي طالق ، فإن عللنا بأنه خطاب واستدعاء جواب . . فشرطه الفور هنا أيضاً ، وإن عللنا بالتمليك . . فلا ، وفي هـٰذه الخلاف أيضاً ، والصحيح : أنه لا يشترط الفور .

قال : (**ولو قال : المعلق بمشيئته : شئت كارهاً بقلبه . . وقع**) أي : ظاهراً وباطناً ؛ لوجود المعلق عليه وهو لفظ المشيئة .

قال : (**وقيل : لا يقع باطناً**) كما لو علق بحيضها فقالت : حضت وهي كاذبة .

وفي « الشرح » و« الروضة » في أول (باب الإقرار) ما يوهم ترجيح هـٰذا ، لـٰكن استثنى الشيخ أبو محمد في « الفروق » ما إذا قال : إن شئت بقلبك فشاء كارهاً . . لم يقع .

قال : (**ولا يقع بمشيئة صبية وصبي**) قال الرافعي : بلا خلاف ؛ لأنه لا اعتبار بمشيئتهما في التصرفات ، وكما لو قال للصغيرة : طلقي نفسك فطلقت . . لم يقع .

وَقِيلَ : يَقَعُ بِمَشِيئَةِ مُمَيِّزٍ . وَلاَ رُجُوعَ لَهُ قَبْلَ ٱلْمَشِيئَةِ . ولوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ طَلْقَةً فَشَاءَ طَلْقَةً . . لَمْ تَطْلُقْ ، وَقِيلَ : تَقَعُ طَلْقَةً . . . .

قال : (**وقيل : يقع بمشيئة مميز**) ؛ لأن مشيئته معتبرة في اختيار الأبوين ؛ أما غير المميز والمجنونةُ . . فلا يقع بقولهما بلا خلاف .

ولو علق بمشيئة أخرس فأشار . . وقع ، أو ناطق فخرس . . فكذلك على الصحيح .

قال : (**ولا رجوع له قبل المشيئة**) كسائر التعليقات وإن تضمن تمليكاً ، كما لا يؤثر الرجوع في قوله : إن أعطيتني ألفاً . . فأنت طالق وإن كانت معاوضة .

قال : (**ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء زيد طلقة فشاء طلقة . . لم تطلق**) ؛ لأنه أخرج مشيئة زيد واحدة عن أحوال وقوع الطلقات فلا يقع شيء كقوله : إلا أن يدخل زيد الدار ، وكذا لو شاء طلقتين أو ثلاثاً ، فإن من شاء ذلك . . شاء الواحدة وزيادة .

قال : (**وقيل : تقع طلقة**) ؛ لأن المفهوم من ذلك ، إلا أن يشاء واحدة . . فتقع ويكون الإخراج من وقوع الثلاث لا من أصل الطلاق .

وفيه وجه ثالث : أنه تقع طلقتان ، وتقديره : إلا أن يشاء عدم وقوع واحدة فيقع الباقي .

كل هـٰذا إذا أطلق ، فإن أراد بعض هـٰذه المحامل . . قبل ، وفي بعضه خلاف .

ولو قال : أنت طالق شئت أو أبيت . . طلقت في الحال ، ولو اختلفا في المشيئة فقالت : شئت وكذبها ، فإن قلنا : إن المعلق عليه اللفظ . . فالقول قوله ، وإن قلنا : ما في النفس . . فالقول قولها ؛ لأنه لا يعرف إلا من جهتها ، حكاه في « الذخائر » .

وكالتعليق بالمشيئة كل تعليق بأمر باطن كما إذا قال : إن أضمرت حبي أو بغضي فأنت طالق فقالت أحبك أو أبغضك . . فالمعتبر فيه اللفظ فيقع الطلاق به .

وفي « شرح المختصر » للجويني الجزم بأنه لا يقع الطلاق إذا علقه علىٰ محبتها أو

وَلَوْ عَلَّقَ بِفِعْلِهِ فَفَعَلَ نَاسِياً لِلتَّعْلِيقِ أَوْ مُكْرَهاً . لَمْ تَطْلُقْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . . . .

بغضها إياه ونحو ذلك فقالت : أنا أحبك أو أبغضك وكذبها ، وفرق بينه وبين الحيض بأنها مؤتمنة .

قال : (**ولو علق بفعله ففعل ناسياً للتعليق أو مكرهاً . لم تطلق في الأظهر**) .

قال في « الروضة » : هـٰذا هو المختار ؛ للحديث الحسن : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، والمختار عمومه فيعمل به إلا ما خص بدليل كغرامة المتلفات . اهـ

والحديث بهـٰذا اللفظ لم يوجد ، والمشهور فيه : « إن الله وضع عن أمتي »[1] ، وفي رواية : « وضع لي عن أمتي » ولأن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه فكذا المكره على الصفة .

والقول الثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ومالك ـ : يحنث ؛ لوجود الفعل المعلق به ، وإلىٰ هـٰذا ذهب أكثر العلماء ، وقال ابن المنذر : إنه مشهور مذهب الشافعي ، وبه كان يفتي ابن عبد السلام وابن الصلاح وقاضي القضاة ابن رزين ؛ لأن الإكراه لا ينافي التكليف .

وتوقف جماعة في الفتوىٰ بعدم تحنيثه ، منهم القاضي الماوردي تبعاً لشيخه القاضي أبي القاسم الصيمري ، والصيمري تبع فيه شيخه أبا الفياض البصري ، وإليه ذهب الشيخ أبو حامد شيخ المراوزة ؛ لأن استعمال التوقي أحوط من فرطات الإقدام ، وتوقف فيه ابن الرفعة في آخر عمره ، جانحين إلىٰ أن ذلك من خطاب الوضع الذي لا فرق فيه بين العامد والناسي ، وكان الشيخ يميل إليه إلىٰ تاسع شوال سنة أربع وخمسين فجزم بعدم الحنث .

قال ابن الصباغ : والقولان كالقولين فيما إذا أكره الصائم على الأكل هل يفطر؟ وهـٰذا البناء يقتضي ترجيح عدم الحنث ؛ إذ الراجح عدم الفطر ، لـٰكن يستثنىٰ ما إذا صرح بذلك فقال : لا أدخل الدار عامداً ولا ناسياً فدخل ناسياً . . فإنه يحنث بلا

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٨٤) .

أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُبَالِي بِتَعْلِيقِهِ وَعَلِمَ بِهِ . . فَكَذَلِكَ ، وَإِلاَّ . . فَيَقَعُ قَطْعاً . . . .

خلاف ، كذا نقله في زوائد « الروضة » عن القاضي حسين ، وجزم به الرافعي في (كتاب الأيمان) .

قال : (**أو بفعل غيره ممن يبالي بتعليقه**) كما إذا علقه علىٰ فعل امرأته أو أجنبي ، والمبالي بالتعليق هو الذي يشق عليه الحنث .

قال : (**وعلم به . . فكذلك**) أي : فيكون على القولين إذا فعله ناسياً أو مكرهاً ، ولا بد من شرط ثالث وهو : قصد الحث أو المنع كما قرره الإمام وابن الصباغ وجرىٰ عليه في « الشرح » .

قال : (**وإلا . . فيقع قطعاً**) يعني : إذا علق الحالف علىٰ فعل غيره ، فإن لم يكن للمعلق علىٰ فعله شعور بالتعليق ولم يقصد الزوج إعلامه أو كان ممن لا يبالىٰ بتعليقه كقدوم الحجيج أو السلطان . . يقع الطلاق إذا وجد الفعل مع الإكراه والنسيان ؛ لأنه ليس فيه حينئذ حث ولا منع ، فالطلاق فيه معلق بصورة الفعل ، ومنهم من أجرىٰ فيه القولين السابقين في الإكراه وكأنه لا فعل له .

وإن كان المعلق بفعله عالماً بالتعليق وهو ممن يبالىٰ بتعليقه وقصد المعلق بالتعليق منعه ففعله ناسياً أو مكرهاً أو جاهلاً . . ففيه القولان ، فاشتمل كلام المصنف علىٰ ثلاث صور : إذا كان لا يعلم ولا يبالي ، أو يبالي وهو يعلم ، أو لا يعلم وهو يبالي ، وهـٰذه كثيرة الوقوع في « الفتاوىٰ » ، وصرح فيها في « المهمات » بوقوع الحنث ، قال : إلا أن فيه نظراً ؛ فإنه كيف يقع على الجاهل قطعاً ولا يقع بفعل الناسي على الصحيح مع أن الجاهل أولىٰ بالمعذرة من الناسي؟

وقد بحث الشيخ علاء الدين الباجي والشيخ زين الدين الكتناني في درس قاضي القضاة ابن بنت الأعز في هـٰذه المسألة ، وكان ابن الكتناني مصمماً علىٰ ما اقتضته عبارة « المنهاج » والباجي علىٰ مقابله .

قال الشيخ : والصواب : أن كلام « المنهاج » محمول علىٰ ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ولم يقصد إعلامه ليمتنع كعبارة « الشرح » و« الروضة » .

أما إذا كان المعلق بفعله عالماً بالتعليق وهو ممن يبالىٰ بتعليقه وقصد المعلق

. . . .

بالتعليق منعه ففعله ناسياً أو مكرهاً. . ففيه القولان ، فمحل القطع بالوقوع ما إذا لم يقصد الإعلام والحث أو المنع ، وأما إذا قصد. . فإن الخلاف يطرقه سواء كان جاهلاً أم علم ثم نسي كما صرح به الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين وتلميذه سليم في « المجرد » واقتضاه كلام المحاملي والقاضي أبو الطيب والجرجاني وغيرهم .

وقال الشيخ تقي الدين بن رزين : الغالب أن الحالف علىٰ فعل مستقبل من أفعال من يرتدع بيمينه بقصد الحث أو المنع فيختار أن لا يقع طلاقه بالفعل مع النسيان والجهل ، إلا أن يصرفه عن الحث والمنع بقصد التعليق على الفعل مطلقاً فيقع في الصورة كلها ، وأما من يحلف علىٰ فعل نفسه. . فلا يمتنع وقوع طلاقه بالنسيان والجهل إلا عند قصد الحث والمنع ، وهـٰذا منه تفرقة بين فعل غيره وفعل نفسه .

تتمة :

الحلف علىٰ غلبة الظن كما إذا حلف بالله أو بالطلاق علىٰ نفي فعل وقع جاهلاً بوقوعه أو ناسياً كما إذا حلف أن زيداً ليس في الدار وكان فيها ولم يعلم أو علم ونسي ، إن قصد الحالف أن الأمر كذلك في ظنه أو فيما انتهىٰ إليه علمه ولم يقصد أن الأمر كذلك حقيقة. . لم يحنث .

وإن قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر أو أطلق. . ففي وقوع الطلاق والحنث قولان : الراجح هنا : الوقوع والحنث كما صرح به ابن الصلاح وغيره ، واختار البغوي وشيخه القاضي حسين الحنث في الطلاق دون اليمين بالله تعالىٰ .

ووقفت علىٰ فتوىٰ لشيخنا الشيخ جمال الدين في ذلك فقال فيها : طريقة الجمهور أنه لا فرق في مسائل الإكراه والنسيان بين الحلف بالله والحلف بالطلاق ، وخالف القاضي حسين فأجاب بالحنث في الطلاق دون غيره ، والمعروف أنه لا فرق بين أن ينسىٰ في المستقبل فيفعل المحلوف عليه أو ينسىٰ[1] فيحلف علىٰ ما لم يفعله أنه فعله أو بالعكس ، وممن صرح بذلك الرافعي في أثناء (تعليق الطلاق) .

---

(١) في هامش (م) : (قوله : « أو ينسىٰ » أي : في الماضي ، ولعله سقط على الشارح) .

فَصْلٌ :

قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَأَشَارَ بِإِصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ . . لَمْ يَقَعْ عَدَدٌ إِلاَّ بِنِيَّةٍ ، فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ : هَـٰكَذَا . . طَلُقَتْ فِي إِصْبَعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ وَفِي ثَلَاثٍ ثَلَاثاً ، فَلَوْ قَالَ : أَرَدْتُ بِٱلإِشَارَةِ ٱلْمَقْبُوضَتَيْنِ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . . . .

قال : (**فصل** :

قال : أنت طالق وأشار بإصبعين أو ثلاث . . لم يقع عدد إلا بنية) ؛ لأن الطلاق لا يتعدد إلا بقصد أو لفظ ، ولم يوجد واحد منهما .

قال : (**فإن قال مع ذلك : هـٰكذا . . طلقت في إصبعين طلقتين وفي ثلاث ثلاثاً**) ؛ لأن الإشارة صريحة في العدد ، وفي الحديث الصحيح [خ ١٩٠٨ـ م ١٠٨٠] : « الشهر هـٰكذا وهـٰكذا وهـٰكذا وأشار بأصابعه وعقد بإبهامه في الثالثة » وأراد تسعة وعشرين فدل علىٰ أن اللفظ مع الإشارة يقوم مقام اللفظ بالعدد .

قال الإمام : هـٰذا إذا أشار إشارة مفهمة للطلقتين أو الثلاث ، وإلا . . فالإنسان قد يعتاد الإشارة بإصبعه في الكلام .

واحترز بقوله : (مع ذلك هـٰكذا) عما إذا قال : أنت هـٰكذا وأشار بأصابعه الثلاثة ولم يقل طالق . . فقال القفال : إن نوى الطلاق . . وقع الثلاث ، وإن لم ينو الطلاق . . لم تطلق كما لو قال : أنت ثلاثاً ولم ينو الطلاق ، وقال غيره : ينبغي أن لا تطلق وإن نوىٰ ، وصححه المصنف وفاقاً لصاحب « المهذب » ، وكذلك قطع به الروياني وحكىٰ في قوله : أنت الثلاث ثلاثةَ أوجه :

أصحها : لا يقع شيء .

والثاني : تقع الثلاث .

والثالث : تقع واحدة .

قال : (**فلو قال : أردت بالإشارة المقبوضتين . . صدق بيمينه**) ؛ لأنه محتمل ، وعن الشيخ أبي حامد لا يقبل ويدين .

وإن قال : أردت واحدة فقط . . لم يقبل في الأصح ؛ لأن الإشارة صريحة في

وَلَوْ قَالَ عَبْدٌ : إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ ، وَقَالَ سَيِّدُهُ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ بِهِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا لاَ تَحْرُمُ بَلْ لَهُ ٱلرَّجْعَةُ ، وَتَجْدِيدُ ٱلنِّكَاحِ قَبْلَ زَوْجٍ . وَإِنْ نَادَىٰ إِحْدَىٰ زَوْجَتَيْهِ فَأَجَابَتْهُ ٱلأُخْرَىٰ فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ـ وَهُوَ يَظُنُّهَا ٱلْمُنَادَاةَ ـ لَمْ تَطْلُقِ ٱلْمُنَادَاةُ وَتَطْلُقُ ٱلْمُجِيبَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

العدد ، وعن صاحب « التقريب » : يقبل ؛ لأن الإشارة كناية فيه .

قال : (**ولو قال عبد : إذا مات سيدي فأنت طالق طلقتين ، وقال سيده : إذا مت فأنت حر فعتق به**) أي : عتق جميعه بموت السيد (. . **فالأصح : أنها لا تحرم بل له الرجعة وتجديد النكاح قبل زوج**) ؛ لأن وقوع الطلقتين وعتق العبد معلقان بالموت فوقعا معاً ، والعتق كما لم يتقدم الطلاق لم يتأخر ، فإذا وقعا معاً . . غلب حكم الحرية ، كما لو أوصىٰ لأم ولده أو لمدبرة . . فإن الوصية تصح ؛ لأن العتق واستحقاق الوصية يتقاربان فجعل كما لو تقدم العتق .

والثاني : أنها تبين بالطلقتين ؛ لأن العتق لم يتقدم على الطلقتين ، والمعلول مع علته فغلب جانب التحريم ، قال الإمام : وهو غاية في الضعف .

ولا خلاف أنه لو قال : أنت طالق طلقتين في آخر جزء من حياة سيدي ، وقال سيده : إذا مت فأنت حر ثم مات السيد . . أنه لا يراجع .

واحترز بقوله : (عتق به) عما إذا عتق بعضه . . فإنها تبين بالطلقتين ؛ لأن المبعض كالقن في عدد الطلاق .

قال : (**وإن نادىٰ إحدىٰ زوجتيه فأجابته الأخرىٰ فقال : أنت طالق ـ وهو يظنها المناداة ـ لم تطلق المناداة**) بلا خلاف ؛ لأنه لم يخاطبها به ، بل ظنه ولا عبرة بالظن البين خطؤه .

قال : (**وتطلق المجيبة في الأصح**) ؛ لأنه خاطبها به .

والثاني : لا ؛ لانتفاء قصدها .

ومأخذ الخلاف تغليب الإشارة أو العبارة ، فلو قال : علمت أن التي أجابتني غير المناداة وقصدت طلاقها . . فإنها تطلق فقط .

وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ وَعَلَّقَ بِنِصْفٍ فَأَكَلَتْ رُمَّانَةً . . فَطَلْقَتَانِ . وَٱلْحَلِفُ بِٱلطَّلَاقِ : مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَثٌّ أَوْ مَنْعٌ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ ؛ فَإِذَا قَالَ : إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَاقِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ لَمْ تَخْرُجِي أَوْ إِنْ خَرَجْتِ أَوْ إِنْ لَمْ يَكُنِ ٱلْأَمْرُ كَمَا قُلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . . وَقَعَ ٱلْمُعَلَّقُ بِٱلْحَلِفِ ، وَيَقَعُ ٱلْآخَرُ إِنْ وُجِدَتِ ٱلصِّفَةُ ، . . . .

قال : (**ولو علق بأكل رمانة وعلق بنصف فأكلت رمانة . . فطلقتان**) ؛ لأنه صدق أنها أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة .

وفي وجه : لا تقع إلا طلقة ؛ لأن قوله : (نصف رمانة) يفهم الاقتصار عليه .

وكلام المصنف محله إذا علق بـ(إن) كما مثّل به في « المحرر » ونحوها مما لا يقتضي تكراراً ، فإن علق بـ(كلما) . . طلقت ثلاثاً ؛ لأنها أكلت رمانة ونصف رمانة مرتين .

ولو قال : إن أكلت رمانة فأنت طالق فأكلت نصفي رمانتين . . لم يحنث ؛ لأن نصفي رمانتين ليسا رمانة ، وكذلك إذا أكلت ألف حبة من ألف رمانة ومجموع ذلك يزيد علىٰ رمانة .

قال : (**والحلف بالطلاق : ما تعلق به حث أو منع أو تحقيق خبر**) كذا حده ابن سريج وتبعه عليه الجمهور ؛ لأن الحلف بالطلاق فرع الحلف بالله تعالىٰ ، والحلف بالله مشتمل علىٰ ذلك ، وقد مثل المصنف الأقسام الثلاثة .

قال : (**فإذا قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن لم تخرجي أو إن خرجت أو إن لم يكن الأمر كما قلت فأنت طالق . . وقع المعلق بالحلف**) أي : في الحال (**ويقع الآخر إن وجدت الصفة**) أي : والعدة باقية .

والحث والمنع سواء كانا لنفسه أو لغيره ، فـ(إن لم تخرجي) حث لها على الخروج ، ومثله إن لم أخرج ، وكذا إن لم يخرج زيد وقصد حثه وهو ممن يبالىٰ بيمينه ، و(إن لم يكن الأمر كما قلت) تحقيق خبر .

قلت : والفرق بين العهد والميثاق واليمين : أن العهد : إلزام والتزام سواء كان فيه يمين أم لم يكن ، والميثاق : العهد المؤكد باليمين ، واليمين : ما فيه حث أو منع أو تحقيق خبر .

وَلَوْ قَالَ : إِذَا طَلَعتِ ٱلشَّمْسُ أَوْ جَاءَ الحاجُّ فَأَنْتِ طَالِقٌ . . لَمْ يَقَعِ ٱلْمُعَلَّقُ بِٱلْحَلِفِ . وَلَوْ قِيلَ لَهُ [ٱسْتِخْبَاراً] : أَطَلَّقْتَهَا؟ فَقَالَ : نَعَمْ . . فَإِقْرَارٌ بِهِ ، . . . . .

قال : (**ولو قال : إذا طلعت الشمس أو جاء الحاج فأنت طالق . . لم يقع المعلق بالحلف**) ؛ لخلوه عن الحث والمنع والتحقيق ، بل إذا وجدت الصفة . . وقع الطلاق ، وكذا إذا قال : إن حضت أو إن طهرت ، هـٰذا هو الصحيح .

وفي وجه : أن أنواع التعليق كلها حلف ، وما جعلنا التعليق به حلفاً كإن خرجت أو غير حلف كإذا طلعت الشمس سواء فيه التعليق بـ(إن) أو بـ(إذا) على الصحيح .

وقيل : هو بـ(إن) حلف فيهما وبـ(إذا) توقيت فيهما ، ولهـٰذا مثل المصنف الأول بـ(إن) والثاني بـ(إذا) .

فرعان :

أحدهما : قال : إن حلفت بطلاقك . . فأنت طالق ، ثم أعاد هـٰذا القول ثانياً وثالثاً ورابعاً ، فإن كانت المرأة مدخولاً بها . . وقع بالمرة الثانية طلقة وانحلت اليمين الأولىٰ ، ثم يقع بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثالثة وتنحل الثانية ، وتقع بالرابعة ثالثة وتنحل الثالثة ، وتكون الرابعة يميناً منعقدة حتىٰ يقع بها الطلاق .

وإذا حلف بطلاقها في نكاح آخر ، إن قلنا : يعود الحنث بعد الطلاق الثلاث وإن لم يكن مدخولاً بها . . وقعت طلقة بالمرة الثانية وبانت بها وتنحل اليمين .

الثاني : قال لامرأتيه : إن حلفت بطلاقكما . . فأنتما طالقتان ، وأعاد هـٰذا القول مراراً ، فإن دخل بهما . . طلقتا ثلاثاً ثلاثاً ، وإن لم يدخل بواحدة منهما . . طلقتا طلقة طلقة بائناً ، وفي عود الحنث الخلاف ، وإن دخل بإحداهما . . طلقتا جميعاً بالمرة الثانية وبانت غير المدخول بها ، وبالمرة الثالثة لا تطلق واحدة منهما ؛ لأن شرط الطلاق الحلف بهما ولا يصح الحلف بالبائن .

قال : (**ولو قيل له [استخباراً]**[1] : **أطلقتها؟ فقال : نعم . . فإقرار به**) أي : فإن كان

---

(١) في (د) : (التماساً إخباراً) ، وفي (م) و(ز) : (التماساً) والتصويب من نسخ «المنهاج» .

فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ مَاضِياً وَرَاجَعْتُ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . وَإِنْ قِيلَ ذَلِكَ ٱلْتِمَاساً لِإِنْشَاءٍ فَقَالَ : نَعَمْ . . فَصَرِيحٌ ، وَقِيلَ : كِنَايَةٌ . . . .

كاذباً . . فهي زوجته في الباطن ؛ لأن قوله : (نعم) مقدر فيه نظير الاستفهام فتقديره (نعم طلقتها) فهو إقرار بطلاق سابق ، و(نعم) صريح في الجواب ، ولهـٰذا لو قال الحاكم للمدعىٰ عليه : أعليك ألف لهـٰذا؟ فقال : نعم . . كان مقراً .

قال : (**فإن قال : أردت ماضياً وراجعت . . صدق بيمينه**) ؛ لأنه أحد محتملي اللفظ .

ولو قال: جددت نكاحها . . فعلىٰ ما تقدم فيما إذا قال: أنت طالق أمس وفسره بذلك .

قال : (**وإن قيل ذلك التماساً لإنشاء فقال : نعم . . فصريح**) ؛ لما تقدم .

واستشكل بعضهم كون (أطلقتها) التماساً ؛ فإنه غير صالح له ، وهو يشكل علىٰ حصره الصريح في ثلاثة ألفاظ أول الباب .

قال : (**وقيل : كناية**) ؛ لأن (نعم) ليست معدودة من صرائح الطلاق ، قال ابن القاص : وعلىٰ هـٰذا : لا تفتقر إلىٰ نية ، وليس لنا كناية لا تفتقر إلىٰ نية إلا هـٰذه .

هـٰذا إذا اقتصر علىٰ (نعم) ، فإن قال : نعم طلقت . . فهو صريح قطعاً .

والمصنف تبع « المحرر » في حكاية هـٰذا وجهاً وهو في « الشرح » و« الروضة » قول ، وقيل : ليس صريحاً قطعاً ؛ لأن (نعم) متعينة للجواب .

ولو جهل حال السؤال . . فالظاهر : أنه يحمل على الاستخبار ؛ لأن الإنشاء لا يستفهم عنه .

تتمة :

قيل له : ألك زوجة؟ فقال : لا . . لم يقع به طلاق وإن نوىٰ ؛ لأنه كذب محض .

ولو قيل : أطلقت زوجتك؟ فقال : قد كان بعض ذلك . . لم يكن إقراراً بالطلاق ؛ لاحتمال التعليق ، أو الوعد بالطلاق ، أو خصومة تؤول إليه ، ولو فسر بشيء من ذلك . . قبل .

وإن كان السؤال عن ثلاث ففسر بواحدة . . قبل ، فإن لم يفسر بشيء . . قال

فَصْلٌ :

عَلَّقَ بِأَكْلِ رَغِيفٍ أَوْ رُمَّانَةٍ فَبَقِيَ لُبَابَةٌ أَوْ حَبَّةٌ . . لَمْ يَقَعْ . وَإِنْ أَكَلاَ تَمْراً وَخَلَطَا نَوَاهُمَا فَقَالَ : إِنْ لَمْ تُمَيِّزِي نَوَاكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَجَعَلَتْ كُلَّ نَوَاةٍ وَحْدَهَا . . لَمْ يَقَعْ إِلاَّ أَنْ يَقْصِدَ تَعْيِيناً . . . .

المتولي : إن كان السؤال عن ثلاث . . لزمه الطلاق ؛ لأن للطلاق بعضاً ، وإن كان عن واحدة . . لم يلزمه شيء .

قال الرافعي : وفي كل من الطرفين توقف لا يخفىٰ .

قال المصنف : الصواب : أنه لا يقع شيء وإن كان السؤال عن الثلاث .

وفي « فتاوى القاضي حسين » : لو قال له رجل : فعلت كذا فأنكر فقال : إن كنت فعلت كذا . . فامرأتك طالق فقال : نعم ، وكان قد فعله . . لم يقع الطلاق ، وجعله البغوي استدعاء طلاق ، فيكون كما لو قيل له : طلقت امرأتك مستدعياً منه طلاقها فقال : نعم .

قال : (**فصل** :

علق بأكل رغيف أو رمانة فبقي لبابة أو حبة . . لم يقع) ؛ لأنها لم تأكل كل الرغيف ولا كلَّ الرمانة .

وقال القاضي حسين : إن أكلته إلا فتاتاً . . لم يحنث ، وقال الإمام : إن بقي قطعة تحس ولها موقع . . لم يحنث .

وكذا لو حلف لا يشرب ماء هـٰذا الكوز فشربه إلا جرعة . . لم يحنث ؛ لما ذكرناه .

قال : (**وإن أكلا تمراً وخلطا نواهما فقال : إن لم تميزي نواك فأنت طالق ، فجعلت كل نواة وحدها . . لم يقع**) وكذا لو خلط الدراهم ونحوها ؛ أخذاً باللفظ دون العرف خلافاً للإمام والغزالي .

قال : (**إلا أن يقصد تعييناً**) أي : التمييز الذي يحصل به التعيين من نواها لنواه ؛ لتعذر ذلك .

وَلَوْ كَانَ بِفَمِهَا تَمْرَةٌ فَعَلَّقَ بِبَلْعِهَا ثُمَّ بِرَمْيِهَا ثُمَّ بِإِمْسَاكِهَا فَبَادَرَتْ مَعَ فَرَاغِهِ بِأَكْلِ بَعْضٍ وَرَمْيِ بَعْضٍ . . لَمْ يَقَعْ . وَلَوِ اتَّهَمَهَا بِسَرِقَةٍ فَقَالَ : إِنْ لَمْ تَصْدُقِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَقَالَتْ : سَرَقْتُ مَا سَرَقْتُ . . لَمْ تَطْلُقْ . . . .

قال : (**ولو كان بفمها تمرة فعلق ببلعها ثم برميها ثم بإمساكها فبادرت مع فراغه بأكل بعض ورمي بعض . . لم يقع**) ؛ لأنه لم يحصل أكلها ولا رميها ولا إمساكها .

ولا يشترط الإتيان هنا بـ(ثم) ، وإنما يشترط تأخير يمين الإمساك فلو تقدمت أو توسطت . . حنث .

وقوله : (فبادرت بأكل بعض ورمي بعض) لا حاجة إليهما ، بل يُحتاج إلى المبادرة بأحدهما فقط .

ونظير المسألة : إذا كانت واقفة في ماء فقال : إن أقمت في هـٰذا الماء فأنت طالق ، وإن خرجت فأنت طالق ، فإن كان الماء جارياً . . لم تطلق ؛ لأن ذلك الماء قد فارقها بجريانه ، وإن كان واقفاً ومكثت فيه أو خرجت مختارة . . طلقت ، وإن أخرجت في الحال مكرهة . . فلا .

ولو قال : إن لم تخرجي من هـٰذا النهر الآن فأنت طالق . . طلقت إن لم تخرج في الحال ، سواء كان فيه ماء أو لم يكن ؛ لأنه اسم لمكان جريان الماء .

وإذا كان في يدها كوز من الماء فقال : إن قلبت هـٰذا الماء فأنت طالق وإن تركتيه فأنت طالق وإن شربتيه أو غيرك فأنت طالق . . فطريق الخلاص : أن تأخذ خرقة وتبلها بذلك الماء حتىٰ ينشف فلا يقع الطلاق .

ويقرب من هـٰذا ما روي عن الشافعي في رجل دفع إلىٰ زوجته كيساً مملوءاً مربوطاً وقال : إن فتحته أو كسرتي ختمه أو خرقتِه أو فتقته . . فأنت طالق ، وإن لم تفرغيه . . فأنت طالق فما الحيلة في الخلاص؟ فقال : هـٰذا كيس فيه سكر أو ملح فتضعه في الماء حتىٰ يذوب ثم تعطيه فارغاً .

قال : (**ولو اتهمها بسرقة فقال : إن لم تصدقيني فأنت طالق ، فقالت : سرقت ما سرقت . . لم تطلق**) ؛ لأنها صادقة في أحد الإخبارين قال البغوي في « الفتاوىٰ » : فإن قال : إن لم تعلميني بالصدق . . لم تتخلص بذلك .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِعَدَدِ حَبِّ هَـٰذِهِ ٱلرُّمَّانَةِ قَبْلَ كَسْرِهَا . . فَٱلْخَلَاصُ : أَنْ تَذْكُرَ عَدَداً يُعْلَمُ أَنَّهَا لاَ تَنْقُصُ عَنْهُ ، ثُمَّ تَزِيدُ وَاحِداً وَاحِداً حَتَّىٰ تَبْلُغَ مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لاَ تَزِيدُ عَلَيْهِ . وَٱلصُّورَتَانِ فِيمَنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْرِيفاً . . . .

قال : (**ولو قال : إن لم تخبريني بعدد حب هـٰذه الرمانة قبل كسرها . . فالخلاص : أن تذكر عدداً يعلم أنها لا تنقص عنه ، ثم تزيد واحداً واحداً حتىٰ تبلغ ما يُعلم أنها لا تزيد عليه**) .

ومثله : إن لم تخبريني بعدد ما في البيت من الجوز ، أما إذا قال : إن لم تعديه اليوم فأنت طالق . . فوجهان : أحدهما : كقوله : إن لم تخبريني بعدده .

والثاني : يجب أن تبتدىء من الواحد وتزيد إلىٰ أن تنتهي إلى اليقين .

قال الإمام : هـٰذا اللفظ يتبادر إلى الفهم منه التعريف والتعيين فينبغي أن يحمل عليه ، فلا يخلص من الحنث إلا به .

وتعبيره ظاهر في أنها لا تحتاج لذكر الواحدة ؛ لأنها ليست عدداً ، وبه صرح ابن الرفعة وغيره .

قال : (**والصورتان فيمن لم يقصد تعريفاً**) المراد : صورة التهمة في السرقة وصورة عد الحب ، أما إذا قصده . . فلا يحصل البر بما سبق ؛ لأن التعريف لم يحصل بذلك كما تقدم في نظيره من مسألة التمر .

فإن قيل : كيف يجمع بين هـٰذه المسألة وبين ما إذا قال : من أخبرتني منكن بقدوم زيد فهي طالق فأخبرته وهي كاذبة . . فإن الطلاق يقع ؛ لأن الخبر يصدق على الأعم من الصادق والكاذب ، فينبغي أن يكتفي في الجواب عن عدد الرمانة بأي عدد قالته كما إذا قالت قدم زيد ولم يقدم؟ فالجواب : أن المعلق عليه في مسألة الإخبار بقدوم زيد نفس قولها : قدم زيد ، وهو أعم من الصادق والكاذب ، والمعلق عليه في الرمانة الإخبار بعددها ، ولها عدد في علم الله تعالىٰ وفي علم العباد ، فإن أخبرت بغيره . . أخبرت بخلاف الواقع .

وَلَوْ قَالَ لِثلاَثٍ : مَنْ لَمْ تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ رَكَعَاتِ فَرَائِضِ ٱلْيَوْمِ وَٱللَّيْلَةِ ، فَقَالَتْ وَاحِدَةٌ : سَبْعَ عَشْرَةَ ، وَأُخْرَىٰ : خَمْسَ عَشْرَةَ ـ أَيْ : يَوْمَ ٱلْجُمُعَةِ ـ وَثَالِثَةٌ : إِحْدَىٰ عَشْرَةَ ، أَيْ : لِمُسَافِرٍ . . لَمْ يَقَعْ . . . .

قال : (**ولو قال لثلاث : من لم تخبرني بعدد ركعات فرائض اليوم والليلة ، فقالت واحدة : سبع عشرة ، وأخرىٰ : خمس عشرة ـ أي : يوم الجمعة ـ وثالثة : إحدىٰ عشرة ، أي : لمسافر . . لم يقع**) .

قال في « الدقائق » : ولا خلاف في المسألة ، وقول « المحرر » : (قيل : لا يقع) يوهم خلافاً ونفي المصنف الخلاف مردود ؛ ففي « البحر » عن أصحابنا : تطلق من عدت خمس عشرة وإحدىٰ عشرة ؛ للعادة .

ثم لا بد من تقييد المسألة بما إذا لم يرد أحد هـٰذه الأيام ، فإن أراده . . فالحلف علىٰ ما أراد ، وكان ينبغي أيضاً أن يفرق بين من كان في يوم جمعة أو سفر أو غيره ، ولم أر من تعرض له .

فروع :

البشارة أخص من الخبر ؛ لأنها الخبر السار الصدق الأول ، فإذا قال : إن بشرتني بكذا فأنت طالق ، فأخبرته به أولاً . . طلقت ، فلو عرف ذلك بمشاهدة أو إخبار أجنبي ثم أخبرته به . . لم تطلق .

وفيه وجه : أنها لا تختص بالخبر الأول فيكون كما لو قال : إن أخبرتني بكذا .

فلو قال لزوجتيه أو زوجاته : من بشرتني منكما أو منكن بكذا فهي طالق ، فبشرتاه على الترتيب . . طلقت الأولىٰ دون الثانية على الصحيح .

ووقع في « الوسيط » في الفرع الرابع من فروع متفرقة ذكرها أرسالاً : أنه لو قال : إن بشرتماني فأنتما طالقتان فبشرتاه على الترتيب . . طلقت الأولىٰ ، وهـٰذا لا وجه له ، ولم يوافقه عليه أحد من الأصحاب ، بل ينبغي في هـٰذا أن لا تطلق واحدة منهما ؛ لانتفاء بشارتهما معاً .

وتحصل البشارة بالكتابة كالقول .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِلَىٰ حِينٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ بَعْدَ حِينٍ . . طَلُقَتْ بِمُضِيِّ لَحْظَةٍ . وَلَوْ عَلَّقَ بِرُؤْيَةِ زَيْدٍ أَوْ لَمْسِهِ أَوْ قَذْفِهِ . . تَنَاوَلَهُ حَيّاً وَمَيْتاً ، . . . .

ولو أرسلت رسولاً فبشره قال القاضي والبغوي : لا تطلق .

ويَشْهدُ لأن المبشر هو المرسل قوله تعالىٰ : ﴿ وَبَشَّرْنَٰهُ بِإِسْحَٰقَ ﴾ ، وقول أبي موسىٰ لأبي بكر وعمر وعثمان : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يبشرك بالجنة[1] ، ويشهد لأنها من الرسول قول الملائكة لإبراهيم عليه الصلاة والسلام : ﴿ إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ ﴾ .

قال : (**ولو قال : أنت طالق إلىٰ حين أو زمان أو بعد حين . . طلقت بمضي لحظة**) ؛ لأن الحين والزمان يقعان على المدة الطويلة والقصيرة ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ ، وقال تعالىٰ : ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ قيل : أراد سبعة أشهر ، وقيل : أربعين سنة ، وقيل : مئة وعشرين سنة ، وقيل : ست مئة سنة وهو الذي بين عيسىٰ ونبينا محمد صلى الله عليهما وسلم .

وقد يطلق الحين على السنة قال الله تعالىٰ : ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا ﴾ أي : كل سنة ، وإلىٰ هٰذا ذهب مالك ، وهو يرىٰ في الأيمان والأحكام أعم الأسماء ، والشافعي يأخذ بأقلها ، وجعله أبو حنيفة ستة أشهر اعتباراً بوقت إطلاعها وجذاذها .

وذكروا في الأيمان أنه إذا حلف لأقضين حقك إلىٰ حين . . أنه لا يحنث بلحظة للشك في المراد ، والفرق : أن الطلاق إنشاء ، ولأقضينك وعد ، فيرجع فيه إليه .

وإن قال : إذا مضىٰ حقب أو عصر فأنت طالق . . قال الأصحاب : تطلق بمضي لحظة ، واستبعده الإمام والغزالي ؛ لأن العصر زمان يحوي أمماً ، فإذا انقرضوا . . انقرض العصر كما يقال : عصر الصحابة ، والدهر قريب من العصر ، وإيقاعه على اللحظة لا وجه له .

قال : (**ولو علق برؤية زيد أو لمسه أو قذفه . . تناوله حياً وميتاً**) ؛ لصدق الاسم ، سواء كان مستيقظاً أو نائماً ، وسواء كان الرائي أو المرئي عاقلاً أو مجنوناً ،

---

(١) أخرجه البخاري (٣٦٧٤) ، ومسلم (٢٤٠٣) .

. . . .

صاحياً أو سكراناً ، ولو رأته مكرهة . . ففيه قولا حنث المكره ، ولو رأته مختارة وقد أحصر مكرهاً . . حنث قطعاً .

ولو قاله لعمياء . . فهو تعليق بمستحيل .

والمعتبر : رؤية شيء من بدنه وإن قل ، قال المتولي : إلا أن ترىٰ يده أو رجله وقد أخرجهما من كوة . . فإنها لا تطلق ؛ لأنه لا يصدق عليه أنها رأته ، وقيل : تشترط رؤية الوجه .

وتكفي رؤيته في ماء صاف أو زجاج شفاف في الأصح ، ولو رأت مثاله في المرآة أو في الماء الصافي . . لم تطلق ، وفيه احتمال للإمام بعيد ، ولو رأته في المنام . . لم تطلق قطعاً .

قال القاضي : ولو حلف لا ينظر إلىٰ وجه نفسه فرآه في المرآة . . حنث ؛ لأنه لا يتصور إلا كذلك .

وأما مسألة اللمس . . فإنها تطلق بمس شيء من بدنه بلا حائل ، فلو لم تلمسه ولـٰكن لمسها . . فالذي يظهر أنه لا طلاق وإن كان الملموس كاللامس في نقض الوضوء ؛ لأن الحكم فيه منوط بالتقاء البشرتين ، ويشكل عليه حديث عاصم حمي الدبر المتقدم في (باب الوضوء) .

وأما الشعر والظفر . . فقال الإمام : الوجه القطع بعدم الطلاق وإن أثبتنا خلافاً في النقض ، قال الرافعي : والأشبه مجيء الخلاف .

والقذف أيضاً يحصل وإن كان المقذوف ميتاً ؛ لأنه كقذف الحي إطلاقاً وحكماً .

قال : فإن قال : إن قذفتك في المسجد . . فالمعتبر كون القاذف فيه ؛ لأن المقصود هتك حرمة المسجد ، وهتكها إنما يحصل إذا كان القاذف والمقول فيه دون عكسه .

فإن قال : أردت العكس . . قبل منه ظاهراً في الأصح ، فإن قال : فيهما : في الدار . . سئل عن مراده .

فروع :

الأول : علق برؤيتها أو رؤية غيرها الهلال . . ففيه أربعة أوجه :

أصحها : أن الرؤية تحمل على العلم للعرف الشرعي .

والثاني : تحمل علىٰ حقيقتها اللغوية وهي المعاينة ، فلا تطلق حتىٰ تعاينه .

والثالث : إن كان التعليق باللغة العربية . . حمل على العلم ، وإن كان بالعجمية . . حمل على المعاينة .

والرابع : يحمل على العلم في حق الأعمىٰ دون البصير .

والرؤية في الليلة الثانية والثالثة كهي في الأولىٰ ، ولا أثر لها في الليلة الرابعة ؛ فإنه لا يسمىٰ فيها هلالاً ، وقال المتولي : إنما يكون هلالاً في الليلة الأولىٰ والثانية .

ويعتبر أن تكون الرؤية بعد غروب الشمس ، فلا أثر لرؤيته قبله على الصحيح .

ولو قال : إن رأيت الهلال ببصرك فأنت طالق . . لم يحنث برؤية غيرها قطعاً ، ولا باستكمال العدد .

الثاني : قال لزوجته : إن أريتني من كلم الله وكلمه الله فأنت طالق . . ففي « فتاوىٰ » صاحب « البيان » : أنها تريه نفسها أو غيرها من بني آدم ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِىٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ﴾ الآية ، أو قال : تريه السماء ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ ثُمَّ ٱسْتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ وَهِىَ دُخَانٌ ﴾ الآية .

الثالث : قال : إن رأيت عيناً فأنت طالق ، فرأت فرداً من أفراد العيون بأي معنىً كان . . طلقت .

فإن قيل : لم لا حملتم المشترك هٰهنا علىٰ جميع معانيه؟ فالجواب : أن النكرة في سياق الشرط كهي في سياق النفي ، فقوله : (إن رأيت عيناً) في معنىٰ : (لا رأيت عيناً إلا طلقت) ، فمتىٰ رأت فرداً من الأفراد . . وجدت الصفة .

قال : (**بخلاف ضربه**) فإنه لا يتناول إلا الحي ؛ لأن القصد من الضرب ما يتألم به المضروب ، فإن ضربه ضرباً لا يؤلمه . . لم تطلق على الأصح هنا ، وسيأتي في

وَلَوْ خَاطَبَتْهُ بِمَكْرُوهٍ كَيَا سَفِيهُ يَا خَسِيسُ ، فَقَالَ : إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ؛ إِنْ أَرَادَ مُكَافَأَتَهَا بِإِسْمَاعِ مَا تَكْرَهُ . . طَلُقَتْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَفِيهاً ، أَوِ ٱلتَّعْلِيقَ . . ٱعْتُبِرَتِ ٱلصِّفَةُ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلسَّفَهُ : مُنَافٍ إِطْلاَقَ ٱلتَّصَرُّفِ . وَٱلْخَسِيسُ : قِيلَ : مَنْ بَاعَ آخِرَتَهُ بِدُنْيَاهُ . وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ : هُوَ مَنْ يَتَعَاطَىٰ غَيْرَ لاَئِقٍ بِهِ بُخْلاً . . . .

(كتاب الأيمان) عند ذكر المصنف المسألة .

قال : (**ولو خاطبته بمكروه كيا سفيه يا خسيس ، فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق ؛ إن أراد مكافأتها بإسماع ما تكره . . طلقت وإن لم يكن سفيهاً ، أو التعليقَ . . اعتبرت الصفة**) كما هو سبيل التعليقات ، (**وكذا إن لم يقصد في الأصح**) ؛ مراعاة للفظ ، فإن العرف لا يكاد ينضبط في مثل هـٰذا .

قال : (**والسفه : مناف إطلاق التصرف**) وعبر عنه في « الروضة » و« الشرح » بما يوجب الحجر ، وهو من تفقه الرافعي حملاً له على الشرعي ، لـٰكن من بلغ رشيداً ثم سفه في دينه . . لا حجر عليه وهو سفيه .

قال : (**والخسيس : قيل : من باع آخرته بدنياه**) قاله العبادي ، قال : وأخس الأخساء من باع آخرته بدنيا غيره ، وهو في اللغة : الدنيء والمرذول .

قال : (**ويشبه أن يقال : هو من يتعاطىٰ غير لائق به بخلاً**) ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، وهـٰذا من تفقه الرافعي ، وهو حسن ، فإن وقع تردد في وجود الصفة . . لم تطلق .

تتمة :

قال المتولي : (البخيل) من لا يؤدي الزكاة ولا يقري الضيف . ومقتضىٰ هـٰذا أنه لو أتىٰ بأحدهما . . لم يكن بخيلاً مع أن العرف يقتضي الثاني فقط .

قال : و(القواد) : الذي يحمل الرجال إلىٰ أهله ويخلي بينه وبينهم . قال الرافعي : ويشبه أن لا يختص بالأهل .

. . . .

و(القرطبان) : الذي يعرف من يزني بزوجته ويسكت عنه .

و(الديوث) : الذي لا يمنع الناس من الدخول علىٰ أهله .

و(القحبة) : البغي والقليل الحمية الذي لا يغار علىٰ أهله ومحارمه .

و(السفلة) بكسر السين : من يتعاطى الأفعال الدنيئة ويتعودها غالباً ، ونقل ابن المبارك عن سفيان : السفلة : قوم يتطيلسون ، ويأتون أبواب القضاة والسلاطين يطلبون الشهادات ، قال ابن الأعرابي : هم الذين يأكلون الدنيا بالدين .

و(الأحمق) قال ثعلب : من لا ينتفع بعقله ، وقال الجوهري : هو القليل العقل ، وقال أبو المحاسن وأبو العباس الرويانيان : هو الذي نقص عن مراتب أمثاله نقصاً بيناً بلا سبب من مرض وغيره ، وقال صاحب « المهذب » و« التهذيب » : من يفعل القبيح مع علمه بقبحه .

وقيل : من يحضر المناطحة بالكباش والمناقرة بالديكة .

والفرق بين الرقاعة والحماقة : أن الرقاعة حمق مع رفعة وعلو مرتبة ، والحمق بعكسه فلا يقال للأحمق إذا كان وضيعاً رقيع .

قال الشافعي : أحمق الناس من تواضع لمن لا يشكره ، ورضي بشكر من لا يعرفه ، ورغب في مودة من لا ينفعه .

* * *

خاتمة

في « فتاوى القاضي حسين » : لو قال : إن لم أحط جميع ما في الدنيا في حجرك فأنت طالق . . طريقه : أن يضع المصحف في حجرها ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا رَطْبٍ وَلَا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَٰبٍ مُّبِينٍ ﴾ ، وتوقف فيه الرافعي .

وفي « فتاوى الغزالي » : إذا قال : إن سافرت فأنت طالق . . يحنث بالسفر القصير .

وفي « فتاوى المصنف » : لو حلف أن فلاناً يعرف أين يسكن إبليس إن قصد فطنته وحذقه. . لم يحنث .

ووقع في زمن ابن الصباغ ببغداد أن رجلاً قال لامرأته : أنت طالق علىٰ سائر المذاهب. . فأجاب فيها بوقوع الطلاق في الحال ، وأجاب القاضي أبو الطيب بعدم وقوعه ؛ لأنه لا يكون وقوع ذلك على المذاهب كلها .

ولو قال : إن كان في كمي دراهم أكثر من ثلاثة فأنت طالق ، فكان في كمه أربعة. . لا تطلق ؛ لأن الزائد غير دراهم ، كذا أجاب به الشافعي فقال السائل : آمنت بمن فوهك هـٰذا العلم فأنشد [من المتقارب] :

إذا المعضـــلات تصـــديـــن لـــي كشفـــت حقـــائقهـــا بـــالنظـــر

ولو قال : من تشتهي كذا فهي طالق. . تعلق الشهوة في الحال دون المستقبل .

ولو حلف بالطلاق لَيجرَّنَّ غريمه على الشوك ولا نية له ، فماطله مطالاً بعد مطال. . برَّ ، وعلىٰ هـٰذا : لو حلف ليضربنَّها حتىٰ تموت فضربها ضرباً مؤلماً .

ولو قال : إن سرقت ذهباً فأنت طالق ، فسرقت مغشوشاً. . طلقت على الصحيح .

وفي « زيادات أبي عاصم العبادي » : لو قال : إن لم تكوني أحسن من القمر فأنت طالق ، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق. . لم تطلق ، نص عليه الشافعي والأصحاب ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ .

وكذا لو قال : إن لم أكن أحسن من القمر وكان أسود زنجياً .

قال الرافعي : ولو قال : أضوأ من القمر. . فلا أعلم جوابهم فيه ، وأنه لو قال : لا آخذ من مال صهري شيئاً فطلق زوجته وأخذ من ماله. . لم يحنث ؛ لأنه الآن ليس بصهره[1] .

* * *

(١) في هامش (م) : (بلغ مقابلة بأصله . كتبه مؤلفه) .





فهرس الكتاب

* * *